

REVISTA

DIREITO SEM FRONTEIRAS

VOLUME 1 - NÚMERO 1 - 2017

PUBLICAÇÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA
Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE
Campus de Foz do Iguaçu

Editor

Júlio César Garcia

Revisão dos Textos em Língua Inglesa

Thauani Jagnow Piconi

Revisão dos Textos em Língua Portuguesa

Leonardo Sant'Ana de Lima

Apoio Administrativo

Laura Anahi Carvalho Sosa Recalde

Apoio Editorial e Diagramação

Bruno Vinícius Carlos

Ficha Catalográfica

Miriam Fenner R. Lucas – Bibliotecária – CRB/9:268

Capa

Mariane Ruiz



ISSN: 2527-1563 (Impresso)
ISSN: 2527-1555 (Eletrônico)

Catálogo na Publicação (CIP) - Sistema de Bibliotecas - UNIOESTE

R454 Revista Direito Sem Fronteiras. / Curso de Graduação em Direito,
Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Oeste
do Paraná. – v,1, n.1 (2017). – Foz do Iguaçu: Unioeste, 2017.

Semestral.

ISSN: 2527-1563 (Impresso)

ISSN: 2527-1555 (Eletrônico)

Disponível em: e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras

1. Direito – Periódicos. 2. Sustentabilidade – Periódicos.
3. Administração pública – Periódicos. I. Curso de Graduação em
Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual
do Oeste do Paraná.

Endereço

Av. Tarquínio Joslin dos Santos, 1300 - Lot. Universitario das Americas
85870-650 – Foz do Iguaçu - PR, Brasil
Fone: (45) 3576-8100 Fax: (45) 3575-2733
revistadireitosemfronteiras@gmail.com
www.foz.unioeste.br/ccsa



Reitor
Paulo Sergio Wolff

Vice-Reitor
Moacir Piffer

Diretor Geral do Campus
Fernando José Martins

**Diretor do
CCSA**
Antonio Carlos Nantes

**Coordenadora do
Curso de Graduação**
Lissandra Aguirre

Conselho Editorial

Bruno Periolo Odahara - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR.
ITAIPU. Brasil.

Denise Lucena Cavalcante - Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa/
ULISBOA - Portugal. Professora na Universidade Federal do Ceará – **UFCE** Brasil.

João Emílio Correa da Silva de Mendonça. **ITAIPU**. Brasil.

João Ricardo Catarino - Doutorado em Ciências Sociais na especialidade de
Administração Pública pela Universidade de Lisboa/ULISBOA – Portugal. Professor na
Universidade de Lisboa – **ULISBOA**. Portugal.

Joel de Lima. **ITAIPU**. Brasil

José Rubens Morato Leite - Pós- Doutor pela Universidad Alicante/Espanha e Pós-Doutor
pelo Centre of Environmental Law, Macquarie University Sidney/Austrália. Professor na
Universidade Federal de Santa Catarina – **UFSC**. Brasil.

Juarez Freitas – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC.
Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – **UFRS**. Brasil.

Maria Cláudia S. Antunes de Souza - Doutora e Mestre em “Derecho Ambiental y de la
Sostenibilidad” pela Universidade de Alicante/Espanha. Professora na Universidade do
Vale do Itajaí – **UNIVALI**. Brasil.

Massimo Monteduro – Pós-Doutor em Direito da Economia e Mercado na UNISALENTO
- Universidade de Salento. Professor na Universidade de Salento – **UNISALENTO**. Itália.

Sérgio Antônio Silva Guerra - Pós-Doutor em Direito pela Yale Law School/Estados
Unidos. Professor na Fundação Getúlio Vargas – **FGV**. Brasil.

Conselho Avaliador

Agostinho Oli Koppe Pereira

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Metodologia do Ensino e da Pesquisa Jurídica pela Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Atualmente é professor titular da Universidade de Caxias do Sul, atuando nos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor. Brasil.

Ângela Araújo da Silveira Espindola

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM desde agosto/2012. Professora Colaboradora do PPGD/UFSM. Membro da Associação Brasileira do Ensino do Direito (ABEDi). Membro fundador da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Atua na área de Direito Público, com ênfase na temática sobre: Jurisdição, Constituição e Hermenêutica; Ativismo Judicial e Garantismo processual Direito e Literatura e Ensino do Direito. Brasil.

Daniel Braga Lourenço

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Guanambi. Professor de Biomedicina e de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e de Direito Ambiental do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor convidado do FGV Law Program (FGV) e da Pós Graduação em Direito Ambiental Brasileiro da PUCRio. Brasil.

Elaine Cristina Francisco Volpato

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, mestrado em Mestrado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (2006) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é professor assistente - nível d da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Epistemologia jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, crítica jurídica, tráfico de pessoas, crítica da dogmática e direito notarial e registral. Brasil.

Erika Bechara

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora de Direito Ambiental nos cursos de

graduação e pós-graduação em Direito Ambiental da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; e Direito Ambiental e Direito do Consumidor no curso de graduação da Faculdade de Direito de Sorocaba. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental e Direito do Terceiro Setor. Brasil.

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Doutor em Desenvolvimento Sustentável (Ciência socioambiental) pela Universidade Federal do Pará possui Mestrado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco e Pós-graduação lato sensu em Ensino de História pela Universidade Federal Rural de Pernambuco. Atualmente é Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Ambiental - PPGDA da Universidade do Estado do Amazonas - UEA, associado da Waterlat Gobacit - Rede Internacional de Pesquisas em Águas. Brasil.

Guilhermina Lavos Coimbra

Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá; Mestrado em Direito e Desenvolvimento, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Doutorado em Direito E Economia pela Universidade Gama Filho; Professor-Adjunto IV da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro; Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público e Privado. Brasil.

Ivo César Barreto de Carvalho

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará. É Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Autárquico da ARCE. Advogado e Professor de Direito Tributário, na graduação do Centro Universitário Christus. Professor de Cursos de Especialização em Direito e Processo Tributário em Fortaleza (CE). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. Brasil.

Lourival José de Oliveira

Curso de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina; Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor permanente do Programa de Doutorado/mestrado em Direito da Universidade de Marília; Professor associado da Universidade Estadual de Londrina no Curso de Graduação em Direito. Brasil.

Maria Nazareth da Penha Vasques Mota

Doutora em Ciências Sociais - Política - na PUC de SP, 2011. Mestrado em Ciências Penais, 2002 - Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1986), graduação em Administração de Empresas pela Universidade Cândido Mendes (1973), Pós-graduação em Gerência e Organização pela Universidade Estácio de Sá, Recursos Humanos para Saúde , pela

Escola Nacional de Saúde Pública, Direito Público pela FGV- ISAE-AM, Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. É atualmente professora do Curso de Direito, leciona as disciplinas de Direitos Humanos, Prática Jurídica Penal, Legislação de Carreiras Jurídicas Públicas e Prática dos Juizados Especiais. Professora Doutora do Mestrado em Direito Ambiental da UEA, onde ministra as disciplinas de Pesquisa Jurídica e Direito Penal Ambiental. Compõe o corpo docente do Mestrado em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da UEA. Brasil.

Sidney Cesar Silva Guerra

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutor pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e de várias Universidades estrangeiras: Universidade Interamericana de Porto Rico, Universidade Católica de Córdoba, Universidade de Burgos e também na Universidade de Havana. Professor convidado do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). Brasil.

APRESENTAÇÃO

A UNIOESTE, por meio de seu curso de Direito, lotado no Centro de Ciências Sociais Aplicadas do campus de Foz do Iguaçu, tem a satisfação de lançar ao público seu mais novo periódico científico de divulgação de ensaios, artigos científicos e resultados de pesquisas, com ênfase na área jurídica.

Após um período de amadurecimento institucional e de seus grupos de pesquisa, este novo periódico chega com o sugestivo e reflexivo título de Direito (S)em Fronteiras. Trata-se da temática que melhor descreve as diversas áreas de pesquisa inter-relacionadas com os grupos, cursos e pesquisadores, e que é capaz de sintetizar os objetivos do curso de Direito para os próximos anos. O título permite uma provocação intencional sobre o Direito sem as amarras das fronteiras geográficas, territoriais e estatais, bem como a ausência de fronteiras dogmáticas para o pensamento crítico e livre. De outro lado, o título sugere ainda a aplicação do Direito às áreas de fronteiras, o que aponta para a mais ampla interpretação possível para o escopo científico deste periódico.

A região trinacional do Iguaçu, também conhecida como tríplice fronteira, entre Brasil, Paraguai e Argentina, dispõe de um raro patrimônio ambiental, social e econômico. O Parque Nacional do Iguaçu se destaca em todo o mundo, reconhecido como Patrimônio Natural da Humanidade pela UNESCO, abrigando as Cataratas do Iguaçu como uma das Sete Novas Maravilhas da Natureza. Também é aqui que se localiza a Itaipu Binacional, megaempreendimento gerador de energia hidrelétrica, fundada em sólidas diretrizes de sustentabilidade. Além de se situar sobre o aquífero Guarani, a cidade de Foz do Iguaçu também é margeada por dois grandes rios internacionais: o Rio Iguaçu e o Rio Paraná; que se encontram em um belo cenário natural no marco das três fronteiras. Outro aspecto característico desta localidade é a composição da população com mais de 72 etnias convivendo pacificamente, e com diversos desafios de superação de desigualdades econômicas e diferenças culturais.

É em meio a este cenário único e rico que a UNIOESTE desenvolve projetos inovadores na área do Direito e Sustentabilidade, Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito da Integração, Direito Constitucional, Direito Econômico, a Resolução de Conflitos e ainda com abordagens sobre a Transnacionalidade.

Este projeto foi reconhecido e é mantido graças à parceria e fomento da Itaipu Binacional, a quem agradecemos por meio de sua Diretoria Jurídica.

A Revista apresenta um Conselho Editorial do mais alto gabarito científico e acadêmico e conta desde seu primeiro número com a contribuição de artigos de

grande importância e profundidade. Os temas transitam tanto por áreas do direito e da sustentabilidade, dos riscos e crises ambientais, quanto ainda das relações entre Direito e Economia e da abordagem constitucional do direito à convivência familiar.

De certo modo, este periódico pode ser recebido como extensão ou continuidade da Revista Direito à Sustentabilidade. De outro modo, tem o objetivo de inaugurar de fato e de direito um espaço ainda mais amplo e adequado à divulgação e fomento de pesquisas de maior relevância para a busca de uma sociedade mais pacificada, sustentável e integrada.

Júlio César Garcia
Editor

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
SUMÁRIO	9
I. DOUTRINA NACIONAL	
1. RISCO AMBIENTAL DECORRENTE DE DECISÕES CARENTES DE SUPORTE TÉCNICO: PEIXAMENTO COMO “REPARAÇÃO DE DANOS” POR CRIME DE PESCA	11
1. ENVIRONMENTAL RISK DUE TO DECISIONS LACKING SCIENTIFIC INFORMATION: STOCKING AS A “COMPENSATION MEASURE” FOR ILLEGAL FISHING	
<i>Wladimir Domingues; Robertson Fonseca de Azevedo; Luiz Carlos Gomes</i>	
2. A INSUSTENTABILIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE EVOLUÇÃO DE OBRA EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL	29
2. THE UNSUSTAINABILITY OF THE RATE OF EVOLUTION OF CONSTRUCTION CHARGE ON HOUSING FINANCING CONTRACTS	
<i>Sergio Rodrigo Martinez; Adrian Ulises Stuardo Munoz</i>	
3. O DIREITO E A ECONOMIA NO CONTEXTO DOS CONFLITOS DA TERRA: O PARADOXO PROBLEMÁTICO DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS APLICADO NA AGROECOLOGIA	54
3. THE LAW AND THE ECONOMY IN THE LAND CONFLICTS: THE PROBLEMATIC PARADOX OF THE PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES APPLIED FOR AGROECOLOGY	
<i>Ana Paula Rengel Gonçalves; José Rubens Morato Leite</i>	
4. CRISE AMBIENTAL E A PROPOSTA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: LIMITAÇÕES E INFLUÊNCIAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS BRASILEIRAS	74
4. ENVIRONMENTAL CRISIS AND THE PROPOSAL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: LIMITATIONS AND INFLUENCES ON BRAZILIAN ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES	
<i>Danielle de Ouro Mamed</i>	

SUMÁRIO

5. O DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FAMILIARES NO BRASIL 93

5. THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO FAMILY AND COMMUNITY LIFE AND FAMILY PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Cristian Bazanella Longhinoti; Juliana Rodrigues de Souza

II. DOUTRINA INTERNACIONAL

1. COMPETITIVIDADE E SUSTENTABILIDADE TRIBUTÁRIA: O DESAFIO EM ECONOMIA ABERTA 110

1. TAX COMPETITIVENESS AND SUSTAINABILITY: THE CHALLENGE IN OPEN ECONOMY

João Ricardo Catarino

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES 125

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOUTRINA NACIONAL

**1. RISCO AMBIENTAL DECORRENTE DE DECISÕES CARENTES DE
SUPORTE TÉCNICO: PEIXAMENTO COMO “REPARAÇÃO DE
DANOS” POR CRIME DE PESCA**

**1. ENVIRONMENTAL RISK DUE TO DECISIONS LACKING
SCIENTIFIC INFORMATION: STOCKING AS A “COMPENSATION
MEASURE” FOR ILLEGAL FISHING**

*Wladimir Domingues¹
Robertson Fonseca de Azevedo²
Luiz Carlos Gomes³*

1 Biólogo Nupélia-UEM. Doutor em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais, PEA-UEM. Brasil. E-mail: domingueswm@nupelia.uem.br.

2 Promotor de Justiça, MPPR. Doutor em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais, PEA-UEM. Brasil. E-mail: rfazevedo@mppr.mp.br.

3 Biólogo Nupélia-UEM. Doutor em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais, PEA-UEM. Brasil. E-mail: lcgomes@nupelia.uem.br.

Como citar este artigo:

DOMINGUES, Wladimir; AZEVEDO, Robertson Fonseca de; GOMES, Luiz Carlos. **Risco ambiental decorrente de decisões carentes de suporte técnico: peixamento como “reparação de danos” por crime de pesca.** Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan/jun. 2017; v. 1 (1): 11-28.

RESUMO

Crimes de pesca no Brasil, geralmente, são resolvidos através de transação e mesmo em casos de condenação, haverá medida alternativa que pode envolver ação relacionada ao recurso natural supostamente afetado. Tratando de um caso concreto, objetiva-se expor a falta de comunicação entre os detentores de modalidades diversas do conhecimento, especificamente as lacunas entre os profissionais da Ecologia e operadores jurídicos, a partir do exame de um caso concreto. São apresentados alguns aspectos da dissociação entre entendimentos consagrados nas sociedades contemporâneas e seu descompasso com as teorias ecológicas. Na sequência são colocadas noções básicas do Direito e exposto caso concreto de processo de crime ambiental, com a “tradução” dos termos jurídicos e regras incidentes no procedimento, bem como o resultado final: peixamento. São abordados de forma específica os riscos associados ao peixamento, assim como apontadas outras regras relacionadas ao caso apresentado e que não foram observadas, evidenciando que, a decisão tomada pelo Judiciário pode gerar mais impactos que o crime ambiental que deu início à ação criminal. Desta maneira, destaca-se a necessidade de estreitamento do contato entre a Academia, o Judiciário e Ministério Público, a fim de evitar decisões tais quais a apresentada. Além disso, é apresentado resultado concreto, decorrente de efetiva comunicação entre os ramos do conhecimento, que resultou em recomendação do Ministério Público do Estado do Paraná aos seus agentes, em relação a medidas de repovoamento de rios e lagos.

Palavras-chave: Direito. Crime ambiental. Transação. Reparação de Danos. Peixamento. Dano ambiental.

ABSTRACT

Environmental crimes involving fish in Brazil usually require the adoption of compensatory measures by the offender. This paper exposes the gap between the knowledge of professionals from different fields, particularly Law and Ecology. Initially we present some trends of contemporary society that ignore ecological evidences. Then we give some preliminary notions about the environmental legal system and proceed to the analysis of a real case, in which the ultimate result led to a higher risk of environmental damage than the event that originated the case. Legal language and the procedure are explained, as well as the most authorized evidence on the risks of fish stocking. The conclusion stresses the need for a better communication between the Legal System and the Universities, in behalf of the public interest. Finally we present a concrete example of the desired flux of scientific information to the State Attorney's Office in Paraná State.

Keywords: Law. Environmental crimes. Fish stocking. Environmental damage.

INTRODUÇÃO

As necessidades dos organismos no ambiente natural são muito diferentes das impostas pela cultura hegemônica. Na economia energética da natureza as espécies predam e consomem apenas o necessário, e rejeitam como restos o mínimo possível. Mesmo assim, este mínimo deixado tem utilidade e será consumido por outras espécies, normalmente especializadas nesta fonte de material, e caso isto não ocorra, o ambiente tem capacidade de reabsorvê-lo (RICKLEFS, 2003). A interação predador-presa, que é uma das relações possíveis entre os organismos, apresenta naturalmente um equilíbrio que caracteriza os sistemas naturais. Todas as espécies estão interligadas de alguma forma e dependem umas das outras e do meio físico. Esse equilíbrio é tênue, absolutamente sensível e mantém o ambiente natural saudável e com capacidade de resiliência (HOLLING, 1973, p. 1-23).

Cada alteração imposta interfere em menor ou maior grau em todo o sistema, podendo provocar reação em cadeia, que poderá levá-lo a irreversível desorganização. Depois de alterado, o sistema tende a procurar naturalmente outro ponto de equilíbrio, ajustando-se às novas variáveis sem, contudo, jamais retornar ao que era antes. Todas as espécies são interdependentes. Conforme o grau de perturbação não há qualquer equilíbrio, diversas espécies e relações podem ser extintas, com possibilidade de ocorrer a supressão do próprio ecossistema (GOULD, 2003). A perda não se limita às espécies e relações conhecidas, mas também àquelas ainda não descritas e reconhecidas pela Ciência.

A Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei 6938/81, na linguagem do artigo 3º I, é explícita ao reconhecer o caráter holístico do ambiente:

“o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

A capacidade de acumular informações e gerar tecnologia possibilitou à espécie humana alterar significativamente o ambiente natural, o que a diferencia das demais espécies que habitam o planeta, propiciando a exploração de quase todos os ambientes da Terra. Se para as demais espécies a manutenção do fitness (i. e.) justifica sua trajetória (PIANKA, 2000), para os humanos contemporâneos os parâmetros de sucesso são medidos pelo acesso a bens e serviços de consumo.

O incremento da incorporação da tecnologia no cotidiano das pessoas criou o mito da infinita capacidade de superação humana em relação a dificuldades de ordem ambiental (exemptualism), aumentando o risco de eventual ausência de recursos para a crescente população (CAIRNS, 1998, p. 1-5).

Os sistemas ecológicos e organismos distribuídos pelo planeta coexistem e, conseqüentemente, interagem entre si e com o meio físico de formas não conhecidas completamente. A aparente simplicidade e naturalidade do funcionamento do ambiente oculta relações extremamente complexas, e o conhecimento humano apenas começou a ter entendimento mais detalhado a respeito de alguns sistemas. A compreensão sobre os processos ecológicos demanda, em muitos casos, décadas de estudos e as conclusões são, muitas vezes, acompanhadas de toda uma série de questionamentos, que demandam novas abordagens (KUHN, 1996).

O que se sabe hoje é que a alteração significativa (assim denominada por dar

causa ao efeito percebido) na estrutura do sistema natural e/ou em seus constituintes, por menor que seja, pode ser o suficiente para alterar de forma definitiva e até colocar, se não todas, pelo menos um grande número de espécies em risco de extinção (QUAMMEN, 2008). Por exemplo, se uma espécie nativa for retirada de determinado ecossistema, a integridade funcional do mesmo poderá estar em risco. Ao contrário, se uma espécie diferente das que existem naturalmente nesse mesmo ecossistema for introduzida, o dano pode ser tão sério ou pior do que a extirpação de uma espécie nativa (LOCKWOOD, 2010).

Um fato perturbador é que as informações técnico-científicas relacionadas à ecologia são produzidas pela academia, mas tem sido lentamente incorporadas às leis ambientais e, mais especificamente, às práticas administrativas ou judiciais. A incorporação do conhecimento científico é essencial à tomada de decisões bem informadas. Porém, a grande quantidade de informações e a distância conceitual entre os ramos das distintas ciências dificulta essa desejável interação, sendo necessários mecanismos de aproximação entre a academia e os operadores jurídicos (DICKS, 2014, p. 607-611).

É exatamente a distância entre o universo de conhecimento dos operadores jurídicos (particularmente juízes e promotores) e o progresso dos estudos de natureza técnica e científica que promove sério risco de que as decisões judiciais provoquem, ao fim do rito processual, um resultado ambientalmente negativo. A consequência desse lapso de informações e/ou da desinformação específica pode acarretar em danos maiores do que aqueles associados à conduta proibida em lei. Apresenta-se um caso real, recente e que exemplifica eventos que podem acontecer no estado do Paraná e em todo o Brasil. Pretende-se alertar a academia e o judiciário da necessidade de adoção de iniciativas que diminuam a distância existente entre a produção científica na área ecológica e o repertório de conhecimento dos profissionais responsáveis pela aplicação da lei aos casos em concreto, reduzindo assim riscos ambientais decorrentes de decisões carentes de suporte técnico.

1. NOÇÕES BÁSICAS DE DIREITO AMBIENTAL

Tal como na Ecologia, a compreensão do Direito, especialmente do Direito Ambiental, deve levar em consideração a interdisciplinaridade: “espaço de mediação entre conhecimentos e articulação de saberes, no qual as disciplinas estejam em situação de mútua coordenação e cooperação” (CARVALHO, 2012) e a transgeracionalidade, ou seja, o interesse, às vezes, conflitante entre a presente geração e as futuras. Ainda, as decisões de ambas as disciplinas refletem-se além das fronteiras geográficas e sociais.

A reação à chamada crise ecológica, decorrente do crescimento econômico, gerou um movimento denominado de “ecologismo”, no qual se vislumbram três correntes: “o culto ao silvestre” - ideal de manutenção da natureza intocada; “o evangelho da ecoeficiência” - monetarizando funções naturais no que se convencionou chamar de serviços ecossistêmicos e a “justiça ambiental” - que aponta para a injusta distribuição dos serviços ambientais, em detrimento de povos tradicionais e comunidades mais empobrecidas das diferentes sociedades, que arcam com os ônus

do crescimento econômico (ALIER, 2012). Qualquer das três correntes, com suas diferentes estratégias, pode atuar nas diversas sociedades através de instrumento comum, ainda que diferenciado e específico de cada realidade política: o Direito.

Por conta da intensa comunicação entre pessoas e sociedades, aumento populacional e acelerada expansão da economia - que quintuplicou em tamanho desde a metade do século passado (ABRAMOVAY, 2012), evidenciou-se os efeitos nocivos de diversas técnicas industriais. Movimentos sociais questionando o modelo de crescimento econômico começaram a surgir no cenário mundial e, como resultado, houve grande impulso na produção legislativa ambiental nos países ocidentais, ao fim dos anos 60 e início dos anos 70, inclusive no Brasil. Marco inicial desse movimento foi a realização da Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, em 1972 (PALLEMAERTS, 1996, p. 623-697).

A exemplo da experiência normativa norte americana, até a edição da Política Nacional do Meio Ambiente, ditada pela Lei nº 6.938/81, a legislação ambiental brasileira era esparsa e tratava de recursos naturais considerados individualmente, tal como o antigo Código Florestal (Lei nº 4.771/65) ou o Código das Águas, instituído pelo Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934.

Além de estabelecer princípios, objetivos e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 6.938/81 criou o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, formado pelos órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. Concebeu-se, portanto, um sistema de gestão dos recursos ambientais que leva em consideração o sistema federativo, cuja divisão de atribuições entre municípios, estados federados e União foi especificada na nova ordem constitucional. Em 1988, a Constituição Federal (CF) deu ampla atenção à matéria, dedicando o capítulo IV ao meio ambiente, expressamente reconhecido no artigo 225:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.”

Visando dar efetividade a este direito, o parágrafo 1º do artigo 225 e seus incisos elencam mecanismos para utilização sustentável da biodiversidade. A CF tratou ainda da repartição de competências em matéria ambiental, tanto legislativa quanto administrativa. No que toca à competência para legislar, determinou que União e estados federados atuem de forma concorrente, cabendo à União estabelecer normas gerais, aplicáveis em todo o território nacional, e aos estados suplementar tais normas, de acordo com as suas especificidades regionais. A norma geral estabelece o grau mínimo de proteção a um bem juridicamente protegido. Aos municípios foi reservada a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I).

O artigo 23 da CF dispôs que é de competência comum entre União, estados federados e municípios a atuação administrativa na proteção do meio ambiente. O poder de polícia ambiental – desdobrado nas atribuições de licenciar, fiscalizar e punir – está inserido no âmbito da competência comum.

Desde 1988 a legislação brasileira, em que pese evidentes retrocessos, como o resultado das alterações do Código Florestal, desenvolveu-se de forma abrangente, incluindo normas de conteúdo material, administrativo, processual cível e criminal.

Todo este aparato é constituído com a finalidade de regulamentação e controle do uso dos recursos naturais de maneira sustentável e que garanta sua manutenção às gerações futuras (CF, art. 225).

Em 1998, foi editada a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), um dos últimos grandes marcos na legislação ambiental no país e que representou a opção pelo recrudescimento da resposta do Estado em relação aos danos ambientais, com a adoção de normas penais, tendência contraditória a uma série de inovações legislativas na área do direito criminal, de caráter liberalizante. A resposta às críticas neste sentido é a de que em face da falta de eficácia dos mecanismos administrativos e judiciais de proteção ao meio ambiente (na área cível a ineficácia da Lei nº 4.771/85, que instituiu a ação civil pública, por exemplo), foi necessária a criminalização de condutas, como última ratio, isto é: último recurso legislativo para proteção de um bem jurídico.

Ao passo em que traz grandes progressos técnicos penais, tal como a materialização da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, prevista na Constituição Federal, a Lei dos Crimes Ambientais cria tipos penais interessantes, como aqueles referentes à Administração Ambiental.

Por outro lado, especificamente no que diz respeito à pesca em períodos ou locais proibidos pelos órgãos competentes, há críticas quanto ao descompasso entre a Lei nº 9.065/98 e o avanço do conhecimento técnico e científico (GOMES, 2008). Ajustes de caráter técnico nas normas que estabelecem, por exemplo, a determinação dos períodos de pesca profissional e amadora, respeitando assim o ciclo de vida das espécies de peixes são necessários para permitir que os estoques tenham tempo e condições para manter níveis demográficos adequados de sustentabilidade populacional.

Outro fato que deve ser levado em consideração é a dificuldade – senão virtual impossibilidade dos operadores jurídicos (para não mencionar os ocupantes de cargos no Legislativo e Executivo) em acompanhar o volume de informações produzidas pela ciência. Esta dificuldade, aliada à ausência de normativas mais detalhadas – e atualizadas, pode levar a equívocos no momento de se aplicar a lei em áreas muito técnicas. Nesses casos, o resultado, na melhor das hipóteses, ocasiona no desperdício de tempo e dinheiro, tanto do réu como do Estado e na pior, provoca-se risco de dano muito mais sério do que aquele objeto da ação criminal.

O uso limitado de informações científicas nas decisões de natureza ambiental se deve parcialmente à falta de acesso dos tomadores de opinião à literatura científica mais relevante e à falta de esforços em incorporar a crescente base de evidências às estruturas decisórias (DICKS, 2014, p. 607-613).

2. APRESENTAÇÃO DO CASO

Toma-se como exemplo ação penal com processo de processo de nº. 2007.0000075-8 da Comarca de Mandaguáçu, estado do Paraná, com recebimento da denúncia em 28 de março de 2007., referente a fatos ocorridos em tributário da margem direita do rio Ivaí, estado do Paraná, com recebimento da denúncia em 28 de março de 2007. Em 26 de fevereiro de 2007, o promotor de justiça, “no exercício de suas atribuições legais,” fazendo referência ao artigo 129, I da Constituição Federal

e embasado nos autos de Termo Circunstanciado no. 20/2007, do Posto Policial Ambiental - Força Verde, Maringá - PR, denunciou cidadão de “49 anos de idade, aposentado, natural de Campo Mourão - PR e residente no município e comarca de Maringá pela prática de conduta delituosa assim descrita:

“No dia 26 de janeiro de 2007, por volta das 19:00 horas, na estrada Santa Rosa, zona rural, no Distrito de Copacabana do Norte, pertencente ao município de São Jorge do Ivaí/PR, o denunciado ***** , já qualificado, foi flagrado pela Polícia Ambiental praticando pesca em período proibido (piracema), mediante a utilização de petrechos, quais sejam, 15 (quinze) anzóis e 1 (um) espinhel com aproximadamente 30 metros, instrumentos estes não permitidos pela legislação ambiental /(conforme termo de apreensão e depósito de fls. 08, fotografados às fls. 09)” (PARANÁ, 2007).

Com esta descrição dos fatos, infringiu o denunciado o preceito da norma contida no artigo 34 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais):

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente” (BRASIL, 1998).

A acusação de prática criminosa (denúncia) foi dirigida ao juiz de direito do local do fato, conforme disposto no artigo 70 do Código de Processo Penal:

“A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução” (BRASIL, 1941).

Em 26 de março de 2007 foi recebida a denúncia (aceite formal da acusação pelo juiz criminal) e, determinada a expedição de carta precatória à comarca de Maringá para citação e interrogatório do denunciado. Carta precatória é a delegação, pela autoridade judiciária competente, de prática de ato processual em outra localidade. No caso em concreto, os fatos ocorreram em município e comarca diversos daquele em que o acusado e testemunhas (policiais que o apreenderam em ato de pesca) residiam, em Maringá.

Conforme busca nas varas criminais do local de residência do réu e de órgãos estaduais de identificação, comprovou-se ser o acusado pessoa sem qualquer antecedente criminal.

Em Maringá ocorreram diversos eventos: citação do réu (chamamento ao processo, formalização da relação jurídica acusação – juiz - defesa); interrogatório (oportunidade de defesa do acusado, que na presença de advogado ou defensor público é ouvido pelo juiz); intimação das testemunhas para depoimento, em produção de prova oral, “de acordo com o rito do Código de Processo Penal para os crimes apenados com detenção e, tudo se dando ciência a esta Promotoria de Justiça da Comarca de Mandaguaçu, até o final do julgamento”.

O réu foi citado em 07 de novembro de 2007. Citação é o ato pelo qual alguém é formalmente comunicado da existência de ação judicial contra si, dando início ao prazo para que seja exercido o direito de defesa. A relativa demora na citação decorreu de erro quanto ao prenome do acusado, dificultando sua localização. O interrogatório ocorreu no dia 14 de dezembro, no Fórum da Comarca de Maringá, oportunidade na

qual, por intervenção do defensor, foi reconhecido o direito do acusado à suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)” (BRASIL, 1995).

A carta precatória, cumprida, retornou ao juiz da comarca de origem, competente para julgamento do caso, para formalização pelo Ministério Público e, da proposta de suspensão do processo, observada a condição cardíaca do aposentado.

Manifestando-se, após, pedido da defesa, o promotor de justiça do local dos fatos e julgamento, verificando apresentar ao réu todas as condições previstas em lei, propôs a concessão do benefício da suspensão condicional do processo por dois anos, com o cumprimento das condições previstas no art. 89, § 1º, incisos II e III da Lei nº 9.099/95, sendo dispensado, por conta de sua saúde debilitada, da condição prevista pelo inciso IV do mesmo artigo:

“...

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades” (BRASIL, 1995).

Quanto ao inciso I, diligentemente, requereu o promotor:

“Ainda, quanto ao inciso I, que trata da reparação de dano, requereu seja juntado aos autos, pelo réu, documento que comprove que devolveu ao meio ambiente 1000 alevinos, aptos à reprodução, sendo que para cumprir tal condição pode pedir ajuda ao IAP, através da Secretaria do Meio Ambiente de Maringá” (PARANÁ, 2007).

Este o cerne da questão. A expressão “alevinos, aptos à reprodução” demonstra a distância entre o interesse do promotor de justiça na “reparação do dano” (Lei nº 9099/95, art.89, § 1º, I) e noções básicas da ictiologia. Além disso, considerando que não houve nenhuma captura quando da pesca ilegal praticada pelo réu, não é apropriado tratar de dano, inexistente, e sua consequente reparação.

A partir deste ponto o processo foi transferido para o Fórum da Comarca de Maringá, via “Carta Precatória, Rogatória e de Ordem”, com data de registro de 28 de março de 2008 e sob o número 2008.*****-*, visando à execução das medidas transacionadas, no local de residência do réu. Desta feita, não foram deprecados (isto é, transferidos) atos específicos do procedimento, mas sim todo o processo, para execução das medidas pactuadas.

Em nova audiência, o réu concordou com a proposta de transação do Ministério Público, havendo a preocupação dos envolvidos (promotor, juiz, réu e

defensor) acerca do custo econômico da medida e “quais as espécies de alevinos que seriam mais adequadas à doação pelo denunciado, considerando que o fato narrado na inicial ocorreu no rio Ivaí.”

No dia 08 de agosto de 2008 o chefe regional interino do Instituto Ambiental do Paraná (IAP) respondeu ao ofício no. *****/08, que solicitava informações ao réu sobre como proceder na aquisição e doação de alevinos:

“Para a realização desse tipo de atividade é de fundamental importância que seja consultado um Órgão de Pesquisa com experiência e competência na área em questão” (PARANÁ, 2008).

Para tanto, o Núcleo de Pesquisas em Limnologia, Ictiologia e Aquicultura (Nupélia) da Universidade Estadual de Maringá (UEM) foi indicado pelo IAP como instituição que preenchia as características de experiência e competência para prestar a devida orientação. Via ofícios expedidos no processo de execução de medidas, o juiz da 1ª Vara Criminal de Maringá suscitou orientações ao referido núcleo, por duas vezes: em 16 de setembro de 2008 e 10 de março de 2009.

Em 10 de outubro de 2008, em resposta ao primeiro ofício, o coordenador geral do Nupélia, dirigindo-se ao MM, juiz de direito, observou que o peixamento (soltura de peixes) não contribui para a conservação dos recursos pesqueiros e com a pesca. O coordenador do Nupélia destacou ainda que essa atividade tem potencial para promover impactos genéticos nas populações naturais, além de outros riscos para a biota aquática. Orientou, também, que espécies de peixes usados para peixamento devem ser nativas da bacia ou sub-bacia alvo; que a procedência dos alevinos seja de estação produtora com rigoroso controle sanitário (doenças e parasitas); que a qualidade genética dos alevinos seja conhecida e que, posteriormente, a atividade de peixamento e o ambiente devam ser monitorados. Essas informações foram baseadas em dados científicos (AGOSTINHO et al. 2007, 2010, p. 130-111). Anexo à informação foi encaminhado exemplar do livro *Ecologia e Manejo de Recursos Pesqueiros em Reservatórios do Brasil* (AGOSTINHO et al., 2007), com a indicação do capítulo 6.2 para a leitura e embasamento detalhado das observações acima colocadas.

Tal comunicação não consta dos autos, (mas sim dos expedientes do Nupélia, ou seja, possivelmente extraviou-se em Cartório), fato que não só levou à confecção de novo ofício, já com alerta da ocorrência de crime de desobediência em não havendo resposta à requisição judicial, mas, principalmente, impediu que o magistrado solicitante obtivesse as informações requeridas.

Em resposta ao segundo ofício, o coordenador do Nupélia encaminhou ao Juízo indicações técnicas oriundas do Departamento de Zootecnia da UEM, sem que soubesse do não recebimento da informação anterior. Com tal resposta, parcial, o Ministério Público em Maringá requereu nova audiência, transferindo ao acusado a responsabilidade pela efetivação da transação:

“Em que pesem as diligências procedidas pelo Juízo no sentido de obter informações sobre o preço e características dos alevinos a serem restituídos à natureza pelo requerido, não nos parece que caiba à Justiça buscar tais informações como condição para que o réu aceite a suspensão do processo.

...cabe ao requerido concordar ou não com a suspensão condicional como

forma de benefício legal que lhe assiste, sem que o mesmo imponha qualquer condição prévia para sua aceitação, ou seja, o réu deve manifestar seu interesse no cumprimento das condições e buscar, por si próprio, conhecer o ônus da reparação ao dano ambiental por ele causado” (PARANÁ, 2008).

Nova audiência foi realizada em 14 de julho de 2009, na qual reiterou-se a informação do Departamento de Zootecnia da UEM em relação às espécies e local de aquisição dos peixes. Como se viu, a informação original do Nupélia - que nunca chegou ao juiz e ao promotor de Maringá, era no sentido de alertar a autoridade judicial quanto aos riscos associados ao peixamento.

Certidão do Cartório informa que em 13 de agosto de 2009 o réu justificou o não cumprimento da obrigação de fazer até aquela data em razão de declaração do Nupélia, no sentido da impossibilidade de obtenção de alevinos em agosto (data em que o réu procurou o Núcleo, para orientação), já que “a época de desova e alevinagem em nossa região ocorre de outubro a fevereiro com variações devido à ocorrência ou não de chuvas de verão.”

Note-se que sem saber que a informação inicial não tinha chegado ao Juízo, o Nupélia deixou de reiterar seu entendimento técnico, talvez pela referência, na reiteração do ofício original, da expressão “sob pena de crime de desobediência”, do artigo 330 do Código Penal: “desobedecer ordem legal de funcionário público”.

Em 24 de agosto de 2009, diante da ausência de notícia sobre o cumprimento da medida transacionada, o Ministério Público ofereceu alternativa ao proposto peixamento, consistente em prestação pecuniária (três parcelas de R\$ 155,00) destinada a uma associação civil com atividades ambientais: ONG Aparu - Associação de Proteção aos Animais de Rua de Maringá. Tal alternativa nunca chegou a ser considerada pelo réu.

É que em 16 de novembro de 2009 ocorreu a soltura de peixes, conforme apresentação de nota fiscal de produtor (sem data) comprovando a compra de 1000 (um mil) alevinos de curimba (sem identificação, sendo *Prochilodus lineatus* a espécie de curimba nativa da bacia do alto rio Paraná), especificamente para a soltura em rio. Em 20 de novembro o Ministério Público pediu a devolução dos autos à comarca deprecante (i.e.: de origem do processo), visto o cumprimento das condições da transação penal.

3. DISCUSSÃO

O crime imputado ao réu foi o de estar praticando pesca amadora em período proibido sem, contudo, nenhum exemplar ter sido capturado. A definição do crime consta dos artigos 34 e 36 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998:

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: (...)”

“Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora. (...)” (BRASIL, 1998).

Explica-se: a conduta proibida é a vontade livre e consciente de praticar qualquer dos verbos do artigo 36, sendo a captura indiferente à consecução do crime. Trata-se de crime de “mera conduta”, cuja configuração não depende do almejado resultado, no caso, a captura de peixes, moluscos, etc..

Ainda que configurado o crime, o réu pôde, como resultado de sua vida passada de bom cidadão, fazer uso da Proposta de Suspensão Condicional do Processo, por estar de acordo com o artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Assim, com o cumprimento das exigências propostas pelo Ministério Público e determinadas pelo Judiciário no que diz respeito à suposta reparação do dano, foi extinta a punibilidade do acusado e o processo foi finalizado.

O caso em concreto mostra evidente falha na comunicação formal entre duas instituições públicas que deveriam ter proximidade mais estreita e permanente, dado à relevância e complementaridade de suas funções. O parecer técnico do Nupélia (UEM) jamais chegou ao conhecimento do Judiciário, que homologou transação penal cujo conteúdo, em que pese ter o objetivo de reparar um dano (no caso, inexistente), causou risco ambiental concreto.

Reitera-se: a distância entre o conhecimento técnico-científico e o entendimento juridicamente respaldado (reparação do dano em caso de crimes de menor potencial ofensivo e réu com direito à transação penal, com decisão dissociada de qualquer assessoramento técnico em ecologia), gerou resultado potencialmente mais prejudicial ao ambiente do que a pesca em período proibido. Recentemente, esta mesma crítica foi estendida para a gestão pública em atividades de conservação da diversidade biológica e manejo de recursos naturais (DICKS et al., 2014).

Em processo formalmente perfeito, evidenciou-se preocupações de natureza “ecológica” tanto pelo Ministério Público quanto pelo Judiciário na condução do feito, desde o conceito inicial de repovoamento do rio quanto na preocupação sobre quais espécies seriam mais adequadas ao cumprimento da proposta de suspensão. Todos os envolvidos no processo podem inclusive ter concluído que ao fim e ao cabo acabaram por contribuir com as condições ambientais do rio Ivaí.

Ocorre que as informações científicas disponíveis nem sempre recomendam o repovoamento – muito pelo contrário. Os impactos associados ao peixamento incluem: a introdução de espécies não nativas; disseminação de patógenos e parasitas; efeitos deletérios na qualidade genética de matrizes e descendentes e impactos na estrutura e funcionamento de comunidades (AGOSTINHO et al., 2007, 2010, p. 103-111).

Os diversos aspectos negativos da soltura de peixes sem o devido acompanhamento técnico-científico podem resultar em sérios impactos ao ecossistema aquático, maiores até que a pesca proibida, atingindo diretamente populações ribeirinhas que dependem do pescado para sua sobrevivência. Em relação ao caso em concreto, aponta-se:

I) alevinos são indivíduos muito jovens, geralmente bem pequenos, na fase imediatamente seguinte à pós-larval e anterior à juvenil. Especificamente para a espécie adquirida pelo réu, o comprimento total médio dos indivíduos é de 18 a 60 mm (NAKATANI et al., 2001). Alevinos são inaptos à reprodução, já que o comprimento de primeira maturação para os machos e fêmeas desta espécie ocorre com 213 mm e

240 mm, respectivamente (SUZUKI et al., 2004, p. 271-291). Considerando tais dados e conforme informações da própria piscicultura onde os alevinos foram adquiridos, afirmando que tais exemplares tinham de cinco a seis centímetros de comprimento total, conclui-se tratar de indivíduos absolutamente imaturos;

II) indivíduos de curimba com os tamanhos adquiridos na referida piscicultura - cinco a seis centímetros de comprimento total, não estão aptos a sobreviver em ambientes lóticos, isto é, de águas correntes. É que indivíduos menores do que 120 mm e um ano de idade permanecem restritos às lagoas marginais (AGOSTINHO et al., 1997, p. 319-364). Exemplares de *Prochilodus lineatus* selvagens, com aproximadamente oito centímetros, só foram encontrados em lagoas marginais do rio Paraná, na ilha Porto Rico, Porto Rico-PR e mesmo os maiores exemplares tinham tamanho máximo de 48,10 mm (DOMINGUES & HAYASHI, 1998, p. 609-617). Desta forma, o lote de mil indivíduos muito provavelmente pereceu em virtude de não encontrarem as condições ideais para sua sobrevivência em ambiente de águas correntes, como o rio Ivaí;

III) não existe em nenhum momento informações sobre a condição sanitária do lote doado, certificando a saúde dos indivíduos e a não existência de patógenos que pudessem ser disseminados e causar impactos no ambiente de destino;

IV) no aspecto genético, a informação levantada na própria piscicultura de origem do lote doado é que os indivíduos adquiridos são filhos de um casal matriz formado por um indivíduo oriundo da bacia do Paraguai e outro da bacia do rio Paraná. É característico das pisciculturas pouca preocupação com a genética das populações nativas. Visando, exclusivamente, a produção de indivíduos em massa, há baixa variabilidade genética em seu produto (BARRERO et al., 2008, p. 86-93; LOPES et al., 2008, p. 652-661; AGOSTINHO, PELICICE, GOMES & JÚLIO JR., 2010, p. 103-111), tal como o encontrado para *Prochilodus lineatus*, no caso concreto. Diversos trabalhos atribuem os insucessos do peixamento às falhas metodológicas, com destaque para a escolha da espécie, o local, a época de soltura, o número e o tamanho dos alevinos (AGOSTINHO, GOMES, 1997, p. 319-364; AGOSTINHO, GOMES & PELICICE, 2007; AGOSTINHO, PELICICE, GOMES & JÚLIO JR., 2010, p. 103-111).

Por conta de tais fatores, constata-se que o desfecho do caso concreto, com decisão carente de amparo técnico e científico - vital para que reparações e obrigações de fazer de natureza ambiental tenham eficácia, acabou por causar risco ambiental mais gravoso do que os potenciais danos causados pelo pescador amador em atividade em período proibido.

O interesse do Ministério Público na reparação, senão melhoria do bem ambiental violado pela conduta do réu (estoque pesqueiro do rio Ivaí), está explícito na proposta dos autos do processo criminal no. 25/2007 com base no inciso I, § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, base legal para a transação penal:

“Ainda, quanto ao inciso I, que trata da reparação de dano, requeira seja juntado aos autos, pelo réu, documento que comprove que devolveu ao meio ambiente 1000 alevinos, aptos à reprodução, sendo que para cumprir tal condição pode pedir ajuda ao IAP, através da Secretaria do Meio Ambiente de Maringá” (PARANÁ, 2008).

Percebe-se aí a distância entre o saber científico e o entendimento leigo sobre

questões tão delicadas quanto as ambientais, como mencionado por Gomes (2008). Há entendimento popular, sem fundamento técnico, de que a soltura de peixes é garantia de pescada para o lazer e a pesca comercial. São muito comuns as ações políticas, amplamente veiculadas pelas mídias como grandes espetáculos cívicos, de atividades de repovoamento (AGOSTINHO, THOMAZ & GOMES, 2005, p. 646-652). Da forma como esse processo de soltura de peixes é realizado e divulgado, produz-se um mito de que “soltar peixe é bom e ajuda o ambiente”. Informado por equivocada noção de “reparação do dano”, certamente imbuído de interesse na promoção do bem comum, mas sem a informação técnica necessária, o Ministério Público, chancelado pelo Judiciário, causou risco efetivo de dano ambiental.

O caso apresentado demonstra a absoluta necessidade de existir canal de comunicação eficiente entre o Poder Judiciário e outros campos do conhecimento, até mesmo para que a regra constitucional do artigo 93, inciso IX, complementada pela Emenda Constitucional no. 45/2004 - que exige motivação e fundamentação nas decisões, não seja limitado à seara jurídica, mas se estenda também às partes técnicas não jurídicas da decisão. Daí a necessidade de atuação, quando necessário, do perito judicial, conforme disposto nos artigos 420 e seguintes do Código de Processo Civil. No caso em concreto não houve nomeação de perito, por não ter ocorrido a hipótese prevista no artigo 145 do CPC:

“Art. 145 - Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no Art. 421” (BRASIL, 1973).

No caso em questão, não era cabível a nomeação de perito, pois a prova do fato não carecia de conhecimento técnico ou científico, afinal, houve prisão em flagrante por prática de atividade pesqueira (em que pese nenhum peixe ter sido abatido quando da apreensão do pescador e material). Havia, entretanto, necessidade de orientação técnica e científica correta desde a proposta de transação, quando da manifestação de interesse na reparação do dano ambiental, expressada pelo promotor de justiça (processo nº. 2007.0000075-8 2007 da comarca de origem) e confirmada no Termo de Deliberação (processo nº. 2008.*****-* da comarca de Maringá). Como visto, houve falha na comunicação entre a Academia e o Judiciário, sem que este tenha sido eficazmente alertado dos riscos associados à conduta transacionada.

O fato é que o réu aceitou as condições do juiz e, em 19 de novembro de 2009, apresentou a nota de aquisição dos alevinos, indicando que a soltura foi realizada no dia 16 do mesmo mês. Evidenciou-se que os operadores jurídicos envolvidos na questão jamais tiveram acesso às informações técnicas e científicas adequadas em relação à ecologia de rios.

Além disso, não se verifica nos autos do processo autorização de órgão ambiental para a soltura dos alevinos, em frontal violação ao Decreto nº 3.179 de 21/09/1999, que em seu artigo 23 proíbe a introdução de qualquer espécie aquática, nativa ou exótica em qualquer estágio de evolução em águas brasileiras sem tal chancela:

“Art. 23. É proibida a importação ou a exportação de quaisquer espécies aquáticas, em qualquer estágio de evolução, bem como a introdução de espécies nativa ou exótica em águas jurisdicionais brasileiras, sem autorização do órgão

ambiental competente;” (BRASIL, 1999).

Na medida em que a transação causou risco ambiental associado à introdução de peixes no ambiente natural, pode-se concluir que foi desrespeitado também o Decreto Federal nº 4.339 de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade:

“Art. 2º. A Política Nacional da Biodiversidade reger-se-á pelos seguintes princípios: (...)

VIII - onde exista evidência científica consistente de risco sério e irreversível à diversidade biológica, o Poder Público determinará medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental; (...)

Art. 4º. A Política Nacional da Biodiversidade reger-se-á pelas seguintes diretrizes: (...)

IV - é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica; (...)” (BRASIL, 2002)

Consequentemente, o desfecho do caso entra em confronto também com a Carta Magna que prescreve em seu art. 225:

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

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

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” (BRASIL, 1988)

Ironicamente, a conduta é prevista pela Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), que deu origem à prisão do acusado:

“Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

No caso em concreto, em razão de falha na comunicação entre a autoridade judiciária e a científica, a bem intencionada tentativa de reparação do dano acabou por causar riscos com danos potencialmente maiores do que aqueles que poderiam ser causados pela conduta reprimida.

Este caso foi encaminhado ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, do Ministério Público do Estado do Paraná, mediante resumo apresentado no XX Encontro Brasileiro de Ictiologia, realizado em Maringá, no início de 2013. O então coordenador do CAOPMA, a partir de tal documento, expediu recomendação aos promotores de justiça com atuação junto ao Juizado Especial Criminal e Meio Ambiente, para que as decisões judiciais e transações que tratem da reparação de danos causados a rios ou espécies de peixe envolvendo peixamento, só ocorram após completa avaliação ambiental da área (rio, lago ou outro corpo d’água) por profissional reconhecidamente habilitado para avaliação da necessidade da medida, espécies adequadas, tamanho dos indivíduos, locais e períodos propícios ao sucesso da mesma, com indispensável monitoramento dos efeitos da atividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY R, 2012. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril Cultural.

AGOSTINHO AA & Gomes LC, 1997. **Manejo e monitoramento de recursos pesqueiros: perspectivas para o reservatório de Segredo**. In Agostinho AA & Gomes LC (eds). Reservatório de Segredo: bases ecológicas para o manejo. Maringá: Eduem. cap. 17, p. 319–364.

AGOSTINHO AA, Gomes LC & Pelicice FM, 2007. **Ecologia e manejo de recursos pesqueiros em reservatórios do Brasil**. Maringá: Eduem.

AGOSTINHO AA, Thomaz SM & Gomes LC, 2005. **Conservation of the biodiversity of Brazil's inland waters**, *Conservation Biology*, 19(3):646-652.

AGOSTINHO AA, Pelicice FM, Gomes LC & Júlio Jr HF, 2010. **Reservoir fish stocking: when one plus one may be less than two**. *Natureza & Conservação*, 8(2):103-111.

AGOSTINHO AA, Vazzoler AM., Gomes LC & Okada EK, 1993. **Estratificación espacial y comportamiento de *Prochilodus scrofa* en distintas fases del ciclo de vida, en la planicie de inundación del alto río Paraná y embalse de Itaipu, Paraná, Brasil**. *Revue d'Hydrobiologie Tropicale* 26(1):79-90.

ALIER JM, 2012. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. Tradução: Maurício Waldman. 2.ed. São Paulo: Contexto.

BARRERO NML, Ribeiro RP, Vargas L, Povh JA, Gomes PC, Mangolin CA, Boso KMO, Gualda T., 2008. **Caracterização genética de estoques de *Prochilodus lineatus* (Valenciennes, 1836) (Characiformes: Prochilodontidae), utilizados em programas de repovoamento: importância para a conservação da ictiofauna e do ecossistema**. *Bioscience Journal*, Uberlândia, 24 (4):86-93.

BRASIL. Congresso. HYPERLINK “http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%205.869-1973?OpenDocument” **Lei Federal no 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em 08 dez. 2014.

BRASIL. Congresso. **Lei Federal nº 6.938, de 31 de julho de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente**.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 04 dez. 2014.

BRASIL. Congresso. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe**

sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 08 dez. 2014.

BRASIL. Congresso. **Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.apasfa.org/leis/9605.shtml>>. Acesso em: 04 dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Artigo 225.** Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10645661/artigo-225-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 04 dez. 2104.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal.** Brasília, DF. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>>. Acesso em 08 dez. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Federal no. 3.179, de 21 de Setembro de 1999. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/129092/decreto-3179-99>>, Acesso em: 08 dez. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Federal nº. 4.339, de 22 de agosto de 2002. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.html>. Acesso em: 08 dez. 2014.

CAIRNS J, Jr., 1998. **Hydrobiologia, Malthus, exemptionalism and the risk/uncertainty paradox.** Hydrobiologia, 384:1-5.

CARVALHO, ICdeM, 2012. **Educação Ambiental- a formação do sujeito ecológico** 6.ed. São Paulo: Cortez.

DICKS LV, Walsh JC & Sutherland WJ, 2014. **Organising evidence for environmental management decisions: a ‘4S’ hierarchy.** Trends in Ecology & Evolution, 29(11):607-613.

DOMINGUES WM & Hayashi C, 1998. **Estudo experimental sobre anéis diários em escamas nas fases iniciais do desenvolvimento do curimba, Prochilodus lineatus (Valenciennes, 1836) (Characiformes, Prochilodontidae).** Revista Brasileira de Biologia, São Carlos, 58(4): 609-617.

GOMES, LC & Agostinho AA, 1997. **Influence of the flooding regime on the nutritional state and juvenile recruitment of the curimba, Prochilodus scrofa,**

Steindachner, in the upper Paraná River, Brazil. Fisheries Management and Ecology, 4(4):263-274.

GOMES LR, 2008. **Contribuição ao estudo crítico dos injustos penais de pesca no direito brasileiro.** Maringá. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estadual de Maringá, 2008..

GOULD SJ, 2003. **A montanha de moluscos de Leonardo da Vinci: ensaios sobre história natural.** Tradução: Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras. Título original: Leonardo's Mountain of Clams and the Diet of Worms.

HOLLING CS, 1973. **Resilience and stability of ecological systems.** Annual Review of Ecology and Systematics, 4:1-23. Disponível em: <DOI: 10.1146/annurev.es.04.110173.000245>. Acesso em: 04 out. 2014.

KUHN TS, 1996. **The structure of scientific revolutions.** 3rd Ed. Chicago, The University of Chicago Press.

LOCKWOOD JL, Hoopes MF, Marchetti MP, c2010, **Invasion Ecology.** Malden ,Blackweel Publishing.

LOPES TS, Ribeiro RP, Barrero NML, Sirol RN, Povh JA, Gomes PC & Vargas L, 2008. **Caracterização genética de estoques de curimba (“Prochilodus lineatus”) utilizados em programas de repovoamento.** Revista Brasileira de Saúde e Produção Animal, 9(4):652-661.

NAKATANI K, Agostinho AA, Baungartner G, Bialetski A, Sanches PV, Makrakis MC & Pavanelli CS, 2001. **Ovos e larvas de peixes de água doce: desenvolvimento e manual de identificação.** Maringá: Eduem: UEM/Nupélia.

PARANÁ (Estado). **Autos de ação penal no. 2007.0000075-8** da Comarca de Mandaguaçu-PR, Vara Criminal de Mandaguaçu-PR.

PARANÁ (Estado). **Autos de Carta Precatória, Rogatória e de Ordem, nº 2008.0001224-3,** da Comarca de Maringá, 1ª Vara Criminal de Maringá-PR.

PALLEMAERTS M, 1996. **The future of environmental regulation: international environmental law in the age of sustainable development: a critical assessment of the UNCED process.** The Journal of Law and Commerce, Spring 1996, 15 J.L. & C. p. 623-697, Disponível em: <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay> HYPERLINK> . Acesso em: 05 out. 2014.

PIANKA ER, c2000. **Evolutionary ecology.** 6th ed. San Francisco: Benjamin/Cummings.

QUAMMEN D, c2008, **O canto do dodô: biogeografia de ilhas numa era de extinções**. São Paulo, Companhia das Letras.

RICKLEFS RE, c2003. **A economia da natureza**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.

SUZUKI HI, Vazzoler AEAM, Marques EE, Perez-Lizama MA & Inada P, 2004. **Reproductive ecology of the fish assemblages**. In Thomaz SM, Agostinho AA & Hahn NS (eds). The Upper Paraná River and its floodplain: physical aspects, ecology and conservation. Leiden, The Netherlands: Backhuys Publishers. chap. 12, p. 271-291. (Biology of inland waters).

Artigo recebido em: 14/02/2017

Artigo aceito em: 20/03/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOUTRINA NACIONAL

**2. A INSUSTENTABILIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE EVOLUÇÃO
DE OBRA EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL**

**2. THE UNSUSTAINABILITY OF THE RATE OF EVOLUTION OF
CONSTRUCTION CHARGE ON HOUSING FINANCING CONTRACTS**

*Sergio Rodrigo Martinez¹
Adrian Ulises Stuardo Munoz²*

1 Professor Associado do curso de Direito da UNIOESTE. Doutor em Direito das Relações Sociais. Brasil.
E-mail: srmartinezfilho@hotmail.com.

2 Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Brasil.
E-mail: adrianstuardo@hotmail.com.

Como citar este artigo:

MARTINEZ, Sergio Rodrigo; MUNOZ, Adrian Ulises Stuardo. **A Insustentabilidade da cobrança da taxa de evolução de obra em contratos de financiamento habitacional.** Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul. 2017; v. 1 (1): 29-53.

RESUMO

O presente estudo aborda os principais aspectos da remuneração dos contratos firmados através do Sistema Financeiro Habitacional, com o escopo de apreciar a insustentabilidade da cobrança da taxa de evolução de obra. Para tanto, inicialmente se realizam as pertinentes abordagens acerca da evolução da cobrança de juros no ordenamento nacional, inserindo as alterações constitucionais e infraconstitucionais acerca do tema. Em seguida, apreciam-se a aplicação das disposições relativas aos contratos firmados com instituições financeiras e a incidência das normas regulamentadoras das relações de consumo, com foco nos contratos em comento. Prosseguindo-se, analisam-se as principais concepções acerca do Sistema Financeiro Habitacional, especialmente quanto à sua natureza constitucional diretamente ligada ao direito essencial à moradia. Compreendidos estes pontos essenciais, segue-se o estudo com os aspectos elementares quanto à remuneração dos contratos vinculados ao Sistema Financeiro Habitacional e a cobrança da taxa de evolução de obra, mediante as devidas explicações acerca de sua natureza. Por fim, comparando-se os aspectos remuneratórios dos contratos em estudo à incidência da mencionada taxa, realizam-se ponderações acerca da insustentabilidade econômica de sua cobrança, tanto sob o aspecto da fragilidade da relação estabelecida entre o consumidor adquirente e a instituição financeira, quanto acerca da efetiva necessidade indevida de remunerar-se nesse sentido, uma vez que já existente e aplicado aos referidos contratos as taxas de juros previamente pactuadas.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Habitacional. Taxa de evolução de obra. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The present study approaches the main aspects of the remuneration of contracts signed through the Housing Finance System, with the scope of appreciating the collection's unsustainability of the rate of evolution of construction. Therefore, initially are performed the pertinent approaches around the evolution of the interest charges in national system, inserting the constitutional and infra-constitutional changes on the subject. Then, the application of provisions relating to contracts concluded with financial institutions and the incidence of regulatory standards of consumer relations, focusing on the contracts in question are considered. Proceeding, the main conceptions about the Housing Financial System are analyzed, especially regarding its constitutional nature directly linked to the essential right to housing. Understanding these essential points, the study proceeds with the elementary aspects regarding the remuneration of contracts linked to the Housing Financial System and the charges of the rate of evolution of construction, through due explanation about its nature. Lastly, comparing the remuneration aspects of the contracts under study at the incidence of the mentioned rate, ponderations about the economic unsustainability of its collect are

accomplished, as in terms of the fragility of the relationship established between the acquiring consumer and the financial institution, as about the effective improper need of remuneration in this sense, once the previously agreed interest rates are already existing and applied to the referred contracts.

Keywords: Housing Financial System. Rate of evolution of construction. Code of Consumer Defense and Protection.

INTRODUÇÃO

Vive-se um momento ímpar no Brasil: ao mesmo tempo em que os direitos do consumidor são amplamente difundidos, e a aplicabilidade do diploma legal que os prevê é estendida aos contratos bancários, há enormes dificuldades em, de fato, estabelecer seus limites de sustentabilidade econômica.

Se fosse possível estabelecer comparação entre as acepções do princípio da igualdade formal e material, com as relações contratuais e as instituições financeiras, seria passível de afirmação que, apenas em sentido formal, as relações de consumo, no referido caso, não estão efetivamente protegidas.

Em detrimento do consumidor, que tem boa parcela de sua renda tomada após avençar os contratos de financiamento imobiliário, o agente concessor obtém vantagens dissonantes com os princípios dispostos no direito brasileiro.

Entre as cláusulas sustentavelmente questionáveis, cabe menção a que dispõe sobre a taxa de evolução de obra, que consta nos contratos de financiamento habitacional, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Mencionada taxa, ao ser cobrada, representa acréscimo de onerosidade ao consumidor que a paga antes de concretizar o seu direito à moradia e, posteriormente não a tem descontada do montante de juros devidos no seu financiamento contratado.

Apesar de ser cláusula hipoteticamente abusiva, resta reconhecida a tênue possibilidade de sua aplicação pelos Tribunais, de forma que tais decisões refletem a consolidação, pela própria jurisprudência, da desigualdade contratual em face dos consumidores, que são obrigados a aceitar tais cláusulas de juros de obra para ter acesso ao direito à moradia, por meio de financiamento imobiliário.

Por ser concebido, e ter em seu âmago, um cunho eminentemente social, o SFH deve ser interpretado à luz daqueles direitos que beneficiem os interesses da coletividade. A trajetória estabelecida no SFH, para atingir a finalidade precípua de nortear a promoção da aquisição da casa própria através do financiamento habitacional, necessita estar harmonizada com os princípios elencados na Constituição Federal, assim como no codex consumerista.

A Lei Maior impõe a observância dos princípios da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana, do qual o direito social à moradia, constitucionalmente garantido, é ligado.

Por meio de sua concepção e aplicabilidade, o estudo busca analisar a configuração da taxa de evolução de obra, em financiamentos sob a égide do SFH, com a hipótese de sua cobrança abusiva nas relações contratuais de consumo em

detrimento do direito à moradia.

A pesquisa será desenvolvida com base em metodologia dedutiva, através da análise precípua da legislação, tanto na esfera constitucional como infraconstitucional, assim como através da apreciação da jurisprudência acerca do tema. Será apresentada a normatização em âmbito geral, com ênfase ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), e assim como aquela em que se encontram os financiamentos habitacionais: a Lei que rege o Sistema Financeiro da Habitação.

Para tanto, inicialmente haverá uma explanação acerca dos juros no Brasil, especialmente com foco nos contratos bancários, e sua abordagem histórica, buscando explicar que o embate acerca da regulação e limitação das taxas de juros não se trata de uma questão atual, mas sim de complexo tema que remonta desde os primórdios da civilização.

Ainda, será feita uma abordagem quanto à aplicação das disposições consumeristas aos contratos bancários, explanando-se o atual entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Na parte seguinte, haverá uma abordagem do Sistema Financeiro da Habitação, sua conceituação e finalidade, visando assim apreciar a remuneração destes contratos através dos juros, especialmente com destaque a abusividade da taxa de evolução de obra em razão de sua desvinculação à essência do contrato, o direito à moradia, logo, sua insustentabilidade econômica.

1. A EVOLUÇÃO DA COBRANÇA DE JUROS

De sumérios a babilônicos, gregos aos romanos, do céu ao inferno, o embate acerca dos juros, suas taxas e limitação, esteve sempre presente no decorrer da história da humanidade. Ora com limitações fundamentadas em leis e divindades supremas, ora com fundamentos em leis e interpretações de Tribunais.

A influência de leis e preceitos religiosos no transcorrer dos séculos permite dimensionar a complexidade e, quiçá, a temeridade, inclusive em tempos atuais, que o tema traz à tona. Da ingerência à insurgência, o debate sobre a limitação das taxas de juros é cercado de extremos de sustentabilidade econômica: do pecador ao santo, do rico ao pobre, do bancário ao tomador de empréstimo e do fornecedor ao consumidor.

Para Dornelles da Luz (2005) a concepção de juros sofreu uma abrupta modificação de um simples fruto civil do capital para um sentido bem mais complexo. A integração dos juros na política monetária, nos últimos anos, por exemplo, representou a transformação deste instrumento de controle de oferta de moeda na economia.

Dornelles da Luz ainda complementa:

“O custo do dinheiro tem reflexos econômicos diretos no custo da produção, no preço final das mercadorias, no custo de vida. É capaz de gerar inflação ou ajudar a contê-la, frear o desenvolvimento ou estimulá-lo. Também a escassez ou fartura de sua oferta pode ser decisiva para a correção da economia. Dadas essas razões, o comando da economia não deve ficar nas mãos de grupos cujos interesses não sejam afins com os interesses da sociedade como um todo. Nem é possível deixar ao prudente arbítrio de cada agente econômico as regras atinentes a sua atividade sempre

que esta tenha íntima relação com o interesse social. A coletividade não deve ficar jungida a interesses privados em negócios em que permeie a necessidade pública de satisfação, em que haja objetivos sociais a cumprir-se” (LUZ, 2005, p.49).

Em dias atuais a importância das taxas de juros é evidente e sua manipulação “representa, hoje, mecanismo de controle da economia e da inflação, influenciando decisivamente no objetivo maior do direito: a paz social” (SCANOVE JUNIOR, 2014, p. 19).

A redução das taxas de juros gera, como efeito, o aumento do consumo e da atividade econômica, contudo estritamente vinculada à possibilidade de acarretar a inflação. Por outro lado, o seu aumento representa um freio à atividade econômica e produtiva, e seu efeito recessivo em razão do fluxo de capitais para as aplicações financeiras trazem à tona o desemprego (SCANOVE JUNIOR, 2014, p. 19).

A ideia de juros possui grande relevância no desenvolvimento econômico, em razão de ser a força propulsora do crédito e consequentemente da economia de uma sociedade. Assim como a história mundial, a evolução histórica dos juros foi marcante e peculiar, de acordo com a época em que esteve inserida.

Segundo Jantalia (2012), em termos históricos, o crédito e os juros são anteriores à própria criação da moeda cunhada. Enquanto documentos datados de 3.000 a. C. evidenciavam a movimentação de crédito, com base no empréstimo de grãos e metais, em outro polo, os primeiros registros históricos da moeda datam do primeiro milênio antes de Cristo. Por questões de solidariedade ou auxílio ao próximo, eram frequentes os empréstimos sem a cobrança de juros, com a devolução efetivada posteriormente na forma de acréscimos da coisa emprestada (JANTALIA, 2012, p. 3).

A primeira limitação na história sobre a cobrança de juros veio com a edição da Lei das Doze Tábuas (*Lex duodecimtabularum*) em 443. a. C., Roma expediu uma série de leis e consultas ao Senado com o intuito de impor limites às taxas de juros cobradas.

O fato mencionado anteriormente evidenciou a preocupação com a disposição de normas garantidoras, no que se refere ao julgamento de inadimplentes, fixação de prazo para pagamento de dívidas, penalidades aos devedores e aqueles credores que cobrassem taxas superiores às definidas legalmente (combate da usura).

No decorrer da Idade Média, com a dogmática maniqueísta, a Igreja Católica exerceu forte influência sobre a atividade creditícia, principalmente na vedação ao empréstimo a juros. Registros cânones católicos, como o do Concílio de Ares (314 d. C.), Nice (325 d. C.), Cartago (345 d. C.), Aix (789 d. C.) e Latrão em 1189, condenavam a usura e proibiam o empréstimo de dinheiro a juros. A vedação foi prevista porque a usura, prática capitalista por natureza, era considerada pecado em face da justiça divina (SCHONBLUM, 2004, p. 241)

No concílio de Paiva, editado em 850 d. C., a usura passou a ser definida como roubo, com a consequente condenação dos usurários pecadores à excomunhão. Na busca de evitar a punição religiosa de seus governantes e não contrariar os ditames da Igreja Católica, diversos governos positivaram a proibição, com variações em suas disposições, conforme o país em que era editada (JANTALIA, 2012, p. 8).

Em sentido oposto à Igreja Católica, que vedava a cobrança de juros, líderes protestantes manifestavam-se de maneira favorável a essa prática. Em razão das

guerras e do crescimento das cidades, havia necessidade de constante financiamento aos governos.

Nesse contexto, a condenação à usura passou a ser mitigada, pois a arrecadação não seria possível sem o pagamento de acréscimos ou vias de expropriação, o que denota o início de uma mudança de paradigma: os juros passaram de mal a ser combatido para importante impulsionador econômico.

Para tanto, tornou-se necessária a releitura da interpretação da usura, visto que os empréstimos comerciais e produtivos passaram a ser comuns e necessários à ampliação dos negócios e financiamentos de produtores.

Convém destacar que:

“Apesar das maldições e ameaças com fogo eterno, a Igreja não pode conter a avidez por ganhos e lucros das pessoas, tanto mais que o próprio desenvolvimento do comércio exigia a criação de uma ampla rede bancária. As iniciadoras desta atividade foram as cidades-estados da Itália, que possuíam vasto comércio, cujo raio de ação se estendia aos confins do mundo conhecido” (SCHONBLUM, 2004, p. 242).

Somada a essa releitura, com o fomento de Revoluções, bem como crescimento do capitalismo e dos ideais de direitos individuais, os empréstimos constituíram-se como bens de comércio e atividades com fins lucrativos.

Sob esse quadro é possível traçar, a existência paradoxal de dualidades históricas, ora com a prática de juros recebendo limitações legais e morais, ora seu caráter econômico sendo considerado indispensável ao desenvolvimento das sociedades.

Concernente à conceituação dos juros, assim como suas características, há relativo consenso entre os doutrinadores. Por exemplo, na profícua lição de Efig “juros são o preço pago pelo uso do capital alheio, ou seja, um valor pago pelo tomador de um empréstimo àquele que lhe disponibilizou capital durante determinado lapso de tempo” (EFING, 2012, p.282).

Em sentido convergente, esclarece Schonblum (2004) que a conceituação apontada se aplica de maneira mais adequada aos juros remuneratórios (compensatórios ou juros-frutos) do que aos juros moratórios, que possuem natureza diversa, conforme será apontado adiante.

Quando devidos conjuntamente com a devolução ou pagamento de outro valor, os juros são constituídos como obrigações acessórias que decorrem da obrigação principal. Nesse sentido, os juros são elementos acessórios e fungíveis, acrescidos de remuneração pelo consumo da coisa (obrigação principal) e da cobertura do risco do credor ao conceder o crédito (SCHONBLUM, 2004, p. 245). Ou seja, tratar-se-iam de frutos civis, os quais, no entendimento de Scavone Junior:

“[...] são utilidades retiradas das coisas e que pela coisa são periodicamente produzidos. São naturais na exata medida em que decorrem do desenvolvimento orgânico da coisa; industriais quando decorrem da intervenção humana, tais como as manufaturas e, por fim, civis, nos quais se encaixam os juros na exata medida em que são os rendimentos extraídos do uso de coisa frutífera por outrem que não seu titular” (SCANOVE JUNIOR, 2014, p. 142).

Desse modo, o capital representa a coisa principal em que haverá a incidência de juros. Assim, o juro configura-se como acessório daquele na sua exata medida e

não poderá existir sem o principal, definição em consonância com o artigo 92 do Código Civil de 2002¹, que dispõem sobre as hipóteses em que os juros seguem o capital. Com isso, quando ocorrer a cessão do capital, os juros serão devidos ao seu cessionário, salvo disposição avençada em contrário.

A posituação acerca dos juros no Brasil teve marco com as Ordenações Filipinas (século XVII). O diploma legal regulava especialmente os “contratos usurários” e estabelecia penas severas, como a perda do capital emprestado e a reversão em dobro em favor da Coroa.

Dotado de clara tendência permissiva, a partir de meados do século XVII, o alvará de 11 de maio de 1655 flexibilizou a cobrança de juros ao dispor que homens do mar poderiam dar ou tomar dinheiro a risco. Flexibilização que sofreu limitação, por meio do alvará de 16 de janeiro de 1757, ao determinar a proibição de empréstimo a juros em patamar superior a cinco por cento ao ano (JANTALIA, 2012, p. 95).

Porém, em 5 de maio de 1810, o príncipe regente Dom Pedro I editou o alvará que dava permissão para a contratação do dinheiro dado a risco com livre juro. Conforme aponta Jantalia (2012, p. 95), mencionado diploma pode ter representado o marco da nova disciplina de juros no direito brasileiro.

Entretanto, com a Lei de 24 de outubro de 1832, sob influência da doutrina do liberalismo econômico, revogaram-se definitivamente as disposições acerca das vedações contempladas nas Ordenações Filipinas. A carta em questão abria possibilidade de cobrança de juros ao permitir que as partes expressamente a convencionassem.

Na esteira do liberalismo, o Código Comercial de 1850 ampliou a possibilidade de livre pactuação das taxas de juros, sendo essa prática permitida, inclusive, às pessoas proibidas de comerciar, contanto que não exercessem a faculdade de forma habitual (JANTALIA, 2012, p. 96). Todavia, mesmo com viés liberal o diploma vedava expressamente, em seu artigo 253², a capitalização composta de juros em período inferior a um ano. Mencionada vedação perdurou até a promulgação do Código Civil de 1916 ao admitir, no artigo 1.262³, a capitalização composta mediante expressa vontade das partes (EFING, 2012, p.287).

Editada para inibir a prática de agiotagem, a Lei da Usura buscou limitar a cobrança de juros entre particulares, e fixar os de mora em contratos convencionados, no dobro do legal, daí seu papel de buscar algum grau de sustentabilidade econômica nas relações de mútuo (NUNES , 2015, p. 768).

Nunes complementa que:

“[...] a chamada Lei da Usura (Decreto n. 22646) foi publicada no dia 7 de abril de 1933, e como lei especial tangenciou o então vigente Código Civil, para

1 Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal.

2 Art. 253 - É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano. Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

3 Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.

Esses juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.

tornar-se dele parte material operante. Ela foi editada em parte para regular o limite dos juros (art. 1º, caput e seu § 3º, e art. 2º), proibir o anatocismo (art.4º), regular a mora (art.5º)” (NUNES, 2015, p. 768).

No entendimento de Jantália (2012, p.98) o Decreto n.º 22.646, idealizado por Oswaldo Aranha, tinha claro viés pró-setor produtivo, ao conceder medidas protetivas contra a usura praticada no setor financeiro.

Quanto aos efeitos, seus dispositivos abriram precedentes para que a vedação fosse alçada a matéria constitucional. A Carta Magna de 1934 determinava punição nos termos da lei de acordo com o artigo 117, parágrafo único⁴, disposição quase que integralmente reproduzida na Carta Política de 1937. Posteriormente, a Constituição de 1946 contemplou de maneira semelhante o dispositivo em análise.

Não obstante a Lei da Usura determinasse, expressamente, em seu artigo 4º⁵ a proibição do anatocismo, inúmeras demandas acerca da discussão da capitalização composta de juros levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a sumular, no fim de 1963, entendimento acerca da vedação da capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula n. 121⁶).

Em seguida, a Lei n. 4.595/1964 dispôs sobre a política e instituições monetárias, bancárias e creditícias, criando, outrossim, o Conselho Monetário Nacional (CMN), sendo aparentemente conflitante com a Lei da Usura no tocante aos dispositivos que estabeleciam limite da taxa de juros (usura).

A Lei de Usura, por sua vez, dotada de viés protetivo, estabelecia um limite à taxa em seu artigo 1º⁷, sob pena de se incorrer em crime. No entanto, o artigo 4º, inciso IX da Lei n. 4.595/1964⁸, concedia ao CMN a competência para limitar a taxa de juros, quando necessário, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Nesse contexto, surgiram debates acerca da interpretação pela revogação

4 Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

5 Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

6 Súmula n. 121. Na execução fiscal o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão.

7 Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).

8 Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74) [...]

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover:

- recuperação e fertilização do solo;
- reflorestamento;
- combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais;
- eletrificação rural;
- mecanização;
- irrigação;
- investimento indispensáveis às atividades agropecuárias; [...]

ou não em relação às instituições financeiras da Lei de Usura pela Lei da Reforma Bancária. A celeuma levou o STF a editar a Súmula n. 596, a qual preconiza pela não aplicação das disposições da Lei da Usura no tocante às taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas integrantes do SFN (EFING, 2012, p.289).

Esclarece Schonblum (2004, p. 252) que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorreu alteração no panorama jurídico brasileiro, concernente às dúvidas acerca da liberdade de pactuação de qualquer taxa de juros, como exsurge o teor do artigo 25, inciso I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o qual dispõe que:

“Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I – ação normativa;(...)”

Na lição do autor, o dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com os artigos 22, incisos VI e VII⁹; 48, inciso XIII¹⁰ e 68, § 1^o¹¹, da Constituição Federal de 1988. Conclui-se que o artigo 25 do ADCT haveria revogado o artigo 4^o, inciso IX, da Lei n. 4.595/64, visto que a Carta Magna passou a outorgar ao Congresso Nacional a competência para dispor sobre matéria elencada no artigo 48, inciso XIII (matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações).

Ainda como uma tentativa de limitação à incidência de juros, o constituinte originário, ao reconhecer a existência de excessos na fixação das taxas de juros, estabeleceu, especificamente em relação às instituições financeiras, no art. 192, § 3^o¹² a limitação da cobrança no patamar de 12% ao ano.

Efing (2012, p.305) leciona que a disposição, ainda que emanada do poder constituinte originário, infelizmente não prosperou. A limitação antes do Decreto n. 22.626/1933, agora erigida à seara constitucional, foi objeto de intensa controvérsia, quanto à sua possibilidade de auto aplicabilidade ou não.

9 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; [...]

10 Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; [...]

11 Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1^o Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...]

12 Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...]

§ 3^o As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

O debate foi levado ao STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 04/DF, na qual prevaleceu, por maioria de votos, a tese de que o limite de juros previsto no dispositivo constitucional não era autoaplicável (JANTALIA, 2012, p. 96). Em outras palavras, o plenário do STF não admitiu a eficácia imediata do artigo supramencionado.

Após estas discussões, o poder constituinte derivado, com intuito de regulamentar a norma com eficácia limitada, revogou os incisos e parágrafos do artigo 192 da Carta Magna, por meio da Emenda Constitucional n. 40/2003, cujo teor suprimiu a expressa limitação da cobrança de juros.

Mesmo com essa revogação, a controvérsia acerca da limitação dos juros não se restringia à seara constitucional, possuindo grande relevância a nível infraconstitucional, a partir de seus efeitos diretos no funcionamento da economia.

Tendo em vista não haver limite máximo previsto em lei para a aplicação de taxas de juros, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a finalidade de estabelecer critérios para a constatação de abusividade no caso concreto, pacificou o entendimento de utilização da taxa média de mercado. Desse modo, para referido tribunal, a Taxa Selic foi preterida quando das decisões acerca da fixação da taxa de juros a patamar adequado.

A taxa Selic pode ser definida, conforme o Banco Central do Brasil:

“[...] como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais. Para fins de cálculo da taxa, são considerados os financiamentos diários relativos às operações registradas e liquidadas no próprio Selic e em sistemas operados por câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação (art. 1º da Circular nº 2.900, de 24 de junho de 1999, com a alteração introduzida pelo art. 1º da Circular nº 3.119, de 18 de abril de 2002)”.

Desta forma, pode se compreender que ao ser utilizada, como instrumento primário de Política Monetária e principal forma de controle inflacionário, a Taxa Selic representa a taxa básica da economia, por ser a menor taxa de juros vigente no mercado.

Todavia, para Efig há uma inadequação da taxa Selic como parâmetro de abusividade da taxa de juros remuneratórios em um contrato bancário, e isso se deve porque:

“Em primeiro lugar, e talvez o fator de maior incompatibilidade: a taxa Selic não é uma taxa pura de juros. A taxa Selic é fixada levando previamente em conta uma expectativa de inflação, a fim de neutralizar prováveis futuros efeitos corrosivos sobre o capital. Em outras palavras, confundem-se na meta da taxa Selic uma percentagem referente aos juros do capital e uma referente à correção a priori do capital com base na expectativa da inflação, não sendo possível decompor do seu valor o que é referente aos juros e o que é referente à perspectiva futura de correção. Desta forma, embora não seja correto afirmar que a taxa Selic é uma taxa composta de juros e de correção monetária – visto que verdadeira correção monetária somente se dá a posteriori, com efetiva constatação da inflação – é possível afirmar que, sim, já está embutida em sua meta uma antecipação de corrosão do capital pela inflação” (EFING, 2012, p.312).

Assim, no caso concreto ocorreria bis in idem de correção monetária ao

efetuar-se a correção de um capital emprestado e em seguida aplicar a taxa Selic como base de cálculo de incidência de juros. Desse modo, seria cobrada em duplicidade a correção monetária, uma vez que já se encontra inserida na composição da taxa Selic em virtude da correção dos índices oficiais que medem a inflação (NUNES, 2015, p. 768).

É por esse motivo que a Taxa Selic não é usada como método de adequação da taxa de juros em ações de revisão de contratos bancários, visto que se recobre de natureza de juros remuneratórios vinculados de maneira indissolúvel à correção monetária.

Assim, acertada é a convergência de entendimento do STJ com a doutrina supracitada:

RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC E DE JUROS DE MORA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DA MENCIONADA TAXA. MANUTENÇÃO DOS JUROS DE MORA. ARTIGO 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. A Taxa SELIC ora tem a conotação de juros moratórios ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Dessa forma, a aludida Taxa não pode ser cumulada com outros índices de correção monetária ou juros moratórios. Por outro lado, a Taxa SELIC para fins tributários é, a um tempo, inconstitucional e ilegal. Como não há pronunciamento de mérito da Corte Especial deste egrégio Tribunal que, em decisão relativamente recente, não conheceu da argüição de inconstitucionalidade correspectiva (cf. Incidente de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR), permanecendo a mácula também na esfera infraconstitucional, nada está a empecer seja essa indigitada Taxa proscriita do sistema. Julgamento deste recurso especial em 07 de novembro de 2002. Recurso especial provido, para afastar a incidência da Taxa SELIC e manter a aplicação de juros moratórios de 1% ao mês. (STJ - REsp: 457468 PB 2002/0091142-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 14/06/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.08.2005 p. 244)

A jurisprudência do STJ também é firme quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento no âmbito bancário (Súmula n. 297). Esse entendimento serve, não somente para impor a boa-fé às condutas das instituições financeiras em diversas operações, mas, igualmente, para garantir que a relação processual se torne equânime.

Assim sendo, ao ser reconhecida a aplicação do codex consumerista às relações jurídicas entre consumidores e instituições financeiras, é possível visualizar, no mínimo, duas consequências diretas: a primeira, no que tange ao reconhecimento da hipossuficiência do consumidor frente ao poderio dos fornecedores (instituições financeiras); a segunda, quanto à relação processual, tornando-a substancialmente isonômica.

Nesse supedâneo, quanto à existência de abusividade contratual capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada, cabe ressaltar o teor do entendimento consolidado pelo STJ. Apesar do avanço no reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações contratuais perante instituições financeiras, referida proteção é mitigada de outro lado.

Todavia, convém salientar que a Súmula n. 381¹³ do STJ dispõe em sentido oposto ao diploma legal consumerista, com a vedação de que o julgador conheça de ofício de cláusulas abusivas nos contratos bancários.

Seguindo a jurisprudência do STJ, o teor do artigo 51, inciso IV do CDC, que prevê ser nula de pleno direito cláusulas contratuais abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, não possui aplicabilidade de ofício em contratos com instituições financeiras.

Portanto, aquele que deveria ser o tribunal cidadão, incumbido, em última instância, de salvaguardar a aplicação de leis federais perante o consumidor, atua de maneira incongruente: por um lado, permite que o consumidor seja protegido pelas normas a ele inerentes, mas por outro limita a atuação do magistrado como garantidor da equidade substancial na relação processual.

Dessa feita, os conflitos concernentes à limitação da cobrança de juros avançam no tempo, com o pêndulo ora tendente a aplicação do CDC, ora a favor das instituições financeiras. Ao se pensar nos efeitos desta ocorrência para a sustentabilidade econômica dos negócios, chega-se à importância do tema.

Ao dispor ser nula de pleno direito a onerosidade excessiva imposta ao consumidor e ao tratar sobre o equilíbrio das relações de consumo, o CDC, atuando em prol do consumidor, deveria direcionar a atuação do Poder Judiciário, que deverá pautar-se na limitação da taxa de juros que se demonstrar, no caso concreto, abusiva (EFING, 2012, p.306).

Com o fito de ver assegurado o equilíbrio contratual, constata-se que há um esforço dos juristas para que seja utilizada a legislação consumerista, em detrimento de normas que beneficiem exclusivamente as instituições financeiras.

Em um mercado financeiro, como o brasileiro, oligopolizado e de baixa concorrência, a utilização de taxas remuneratórias de mercado, calculadas entre as próprias instituições financeiras, mediante critérios definidos pelo BACEN, não demonstra ser a solução mais adequada deixar-se aos membros do Sistema Financeiro Nacional o controle do limite da cobrança de juros.

Somado a isso, a influência de forte lobby exercido pelo setor bancário privado no âmbito do Congresso Nacional, enseja a perpetração do interesse de grupos em detrimento daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Isso evidencia, de maneira cristalina, que o imbróglcio acerca da limitação da cobrança de juros está longe de ser auferido pela balança da justiça.

Por conseguinte, tem-se então que os juros per se deveriam refletir a suficiente remuneração das atividades bancárias de empréstimo de capital para as mais diversas finalidades, incluindo-se, neste raciocínio, o financiamento habitacional, objeto da discussão a seguir.

2.A REMUNERAÇÃO DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL E A COBRANÇA DA TAXA DE EVOLUÇÃO DE OBRA

Criado pela Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, o Sistema Financeiro da

13 Súmula n. 381. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Habitação, tinha como foco o fomento da política de habitação com o fito de facilitar o acesso à compra da casa própria, em especial para as classes sociais de baixo poder aquisitivo.

Concomitantemente ao SFH, surgiu o Banco Nacional da Habitação (BNH), dotado de função orientadora e disciplinadora, responsável pelo incentivo à formação de poupança e o angariamento de recursos para viabilizar todo o sistema.

Correspondia também à alçada do BNH a definição de condições gerais dos financiamentos no âmbito do SFH, correspondentes a prazos, taxas de juros, condições de pagamento e o retorno dos financiamentos aos cofres públicos e também de forma indireta o estímulo à iniciativa privada, no tocante a construção de habitações de cunho social e financiamento da casa própria (FERREIRA, 2007, P. 17).

Como lastro para concessão de financiamentos habitacionais o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) era formado pelo saldo das poupanças e, posteriormente, pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o que representava as duas principais fontes de recursos para o funcionamento de todo o sistema.

De forma sucinta, no que tange à administração e captação dos recursos provenientes da poupança e do FGTS, a instituição financeira responsável concede ao vendedor do imóvel os recursos oriundos das cadernetas de poupança e do FGTS para o financiamento e construção de moradias, e posteriormente, através de contratos de financiamento habitacionais, recebe os valores, de forma gradativa, em prestações periódicas dos compradores, e com isso recompõe o lastro dos poupadores e do FGTS.

Ao setor público é destinado o estabelecimento de normas, inclusive sobre termos dos contratos de financiamento. À iniciativa privada, por seu turno, especificamente as sociedades de crédito imobiliário, cabe a promoção e execução de projetos de construção e habitações (FERREIRA, 2007, p. 17).

Neste contexto, convém destacar a origem dos recursos que sustentam o sistema de financiamento habitacional, assim como sua finalidade e disposições legais, editadas no início da sua instituição, as quais sedimentam o caráter do contrato de financiamento imobiliário (EFING, 2012, p. 233). Segundo Efing:

“Desde o seu nascimento, o SFH já evidenciava o seu caráter social, quer na origem dos recursos que sempre sustentaram o sistema, provenientes da arrecadação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que é formado pelos depósitos de 8% do salário mensal dos trabalhadores, e dos depósitos oriundos das cadernetas de poupança, quer nas disposições legais que condicionavam a equivalência das prestações ao poder aquisitivo do mutuário. Assim, verifica-se que a defesa do interesse social e dos direitos e garantias individuais foi colocada acima do simples interesse econômico, tendo em vista a questão habitacional ser importante para a própria estabilidade social, bem como para que o SFH se desenvolvesse de forma mais sólida e atingisse seus objetivos” (EFING, 2012, p. 233).

Não havia nenhuma menção na Constituição Federal, até a promulgação da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, sobre o direito à moradia. De acordo com Luciano de Sousa Godoy (2006, p. 47) a ideia de direito à moradia poderia ser extraída tão somente a partir de uma interpretação sistemática e teleológica.

Por outro lado, para José Afonso da Silva (2012, p. 315) havia, antes da

promulgação da Emenda Constitucional n. 26, reconhecimento do direito à moradia como expressão dos direitos sociais de acordo com o entendimento do artigo 23, inciso IX da Constituição¹⁴. O referido artigo dispõe que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.

A mudança com o advento da Emenda Constitucional n. 26 mostrou-se “relevante para tornar expressa e conclusiva a intenção do constituinte brasileiro originário – outorgar a cada um o direito à moradia” (SILVA, 2012, p. 315-316).

O Sistema Financeiro da Habitação possui cunho eminentemente social e seus objetivos estão em consonância com os princípios elencados na Constituição Federal de 1988.

Conforme leciona Luiz Carlos Forghieri Guimarães:

“A emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu no artigo 6º, no rol de direitos constitucionais, o direito à moradia.

Já constava da nossa Carta Política de 1988, de forma implícita, o direito à moradia nos termos do artigo 23, inciso IX, “promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, e no art. 7º, inciso IV, “como direito do trabalhador urbano e rural a um salário mínimo fixado em lei, nacionalmente verificado unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (GUIMARÃES, 2006, p. 43).

Nesse sentido, a edição da Emenda Constitucional n. 26 representou uma evolução, por ser a positivação expressa do direito à moradia e da inclusão como direito social de conteúdo programático, garantindo segurança a todo o sistema.

“O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se garantir a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim “morari”, que significava demorar, ficar. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia” (SILVA, 2012, p. 315-316).

Não bastasse o direito à moradia ser um direito constitucionalmente garantido, ele é ligado diretamente à dignidade humana, visto que encontra previsão no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao observar que “todo o ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde, bem estar, inclusive (...) habitação (...)”.

Desse modo, com o intuito de garantir um padrão de vida de acordo com a

14 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; [...]

dignidade da pessoa humana, o direito de habitação fora elevado ao status de direito humano, em 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas.

Dentre inúmeras formas de materialização do direito à moradia, uma das mais empregadas é o financiamento imobiliário. Na lição de Efing “os financiamentos imobiliários são aqueles ajustados por meio de contrato de mútuo para a aquisição da casa própria ou de abertura de crédito para a construção de unidades habitacionais” (EFING, 2012, p. 233); e complementa ainda que:

“Os contratos de financiamento imobiliários, a exemplo dos demais contratos bancários, apresentam cláusulas uniformes previamente estipuladas, cabendo ao aderente somente a opção de a elas aderir ou não, sendo sua autonomia da vontade limitada, quer no que respeita à determinação do seu conteúdo, quer no que respeita à escolha do outro contratante, tratando-se de típico contrato de adesão” (EFING, 2012, p. 233).

Todavia, com base nas constatações supramencionadas, os financiamentos imobiliários deverão ser sempre interpretados à luz da função social dos contratos, em especial, no seu modo de contratação, e sua interpretação deverá estar de acordo com o meio social que está inserido.

Nesse mesmo sentido, Tartuce defende que:

“[...] não trazendo onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância da situação de uma dos contratantes sobre a do outro” (TARTUCE, 2007, p. 240).

Tartuce (2007, p. 240) ainda defende que a interpretação segundo a concepção do meio social permite a valorização da equidade, razoabilidade e bom senso, de modo a se afastar o enriquecimento sem causa; na visão do autor, um ato unilateral vedado pelo Código Civil em seus artigos 884 a 886. Caso surjam dúvidas em relação à aplicação da função social, o contrato inclina-se por uma interpretação mais favorável à parte mais fraca da relação negocial, realidade por sua vez, constante no Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de sua ampla aceitação nas relações civis, é controvertido o emprego do CDC no âmbito do SFH. Pires (2004, p. 114) sustenta que não há um posicionamento definido entre os tribunais; enquanto que no Rio de Janeiro a Justiça Federal se posiciona pela sua aplicabilidade, em São Paulo ocorre o inverso. Referido autor entende pela não aplicação do CDC em contratos sob a égide do SFH, visto que há legislação específica que regula todo o sistema, assim como as situações contratuais que envolvem as partes.

O contrato de mútuo não se constitui como relação de consumo, pois quem celebra o contrato com a instituição financeira, segundo Pires, não é considerado consumidor, em razão das normas específicas reguladoras do SFH não serem direcionadas ao indivíduo, como é o caso do CDC. (PIRES, 2004, p. 114)

Em discordância, Guimarães (2006, p. 47-57) afirma que os contratos do Sistema Financeiro da Habitação devem obedecer à função social, sob a égide do Código consumerista, que serve como instrumento de atuação, fundamentando-se nos princípios do equilíbrio nas relações de consumo e da boa-fé objetiva.

Em razão dos contratos regidos pelo SFH serem de adesão, torna-se

necessária a revisão de cláusulas contratuais que, por lógica, frustrem a finalidade social da possibilidade de conceder a todos o direito a uma moradia. Essa revisão é necessária, mitigando-se o pacta sunt servanda.

Com base nas explanações acima, torna-se claro que, na ausência de manifestação de vontade, a Lei n. 8.078 impera e vincula aqueles contratos que são elaborados de forma unilateral, de adesão, ao ditar o eixo a ser seguido, com base em suas leis e princípios.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. NULIDADE DE CLÁUSULAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DISCIPLINA LEGAL DIVERSA QUANTO À TAXA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. - Tratando-se de empréstimo tomado por consumidor final, a operação creditícia realizada pelo banco submete-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de prestador de serviços especialmente contemplado no art. 3º, § 2º, do citado diploma legal. - Diversa é, porém, a disciplina legal tocante à taxa dos juros remuneratórios, área esta regida por legislação específica. Segundo assentou o C. Supremo Tribunal Federal, o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar e, enquanto não advier esta, observar-se-á a legislação anterior à Constituição de 1988 (ADIN nº 4-DF). - Fundamentação distinta expendida a respeito pelos Srs. Ministro Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (STJ - REsp: 213825 RS 1999/0041288-5, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 22/08/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/11/2000 p. 167JBCC vol. 186 p. 444RJTRS vol. 205 p. 52RSTJ vol. 151 p. 429RSTJ vol. 177 p. 159)

Marques (2014, p. 597-598), por sua vez, defende a aplicação do CDC ao financiamento da casa própria popular, compreendendo que mesmo com legislação específica, a jurisprudência do STJ abrange a aplicação do codex consumerista aos contratos de financiamento da casa própria no âmbito do SFH. Todavia, há resistência nos Tribunais Regionais Federais, os quais consideram existir alguma espécie de privilégio para os bancos públicos. Em sentido oposto, a doutrina não contempla razão para privilégios aos bancos estatais e preza pela aplicação dos art. 3º e 22 do CDC aos contratos supramencionados (MARQUES, 2014, P. 598).

Seguindo o raciocínio de que aos contratos do SFH se aplicam o Código de Defesa do Consumidor, e ainda que assim não fosse, convém salientar que deve ser compreendida como devida remuneração à instituição financeira em razão do empréstimo de capital os juros embutidos nos valores a serem pagos pelo consumidor. Deste modo, tem-se que outra cobrança com o mesmo escopo se afiguraria indevida.

Nesse sentido, outro tema que gera discussão na doutrina é a taxa de evolução de obra ou juros no pé, a qual consiste em um encargo devido pelo mutuante ao agente financeiro desde a aprovação do financiamento habitacional, até o momento da entrega da expedição do “habite-se” ou entrega das chaves. Trata-se de espécie de juros compensatórios ou juros frutos, “aqueles pagos pelo devedor para compensar o credor pelo tempo em que ficou privado de seu capital” (JANTALIA, 2012, p. 70).

Acerca do tema, o STJ entende que:

“Trata-se de expressão comumente utilizada no mercado imobiliário, e que

também passou a ser usada por nossos tribunais em suas decisões, significando, nada mais do que a cobrança de juros praticada antes que o imóvel objeto do financiamento seja erguido, isto é, enquanto está na planta, no chão, ou seja, na dicção popular: “no pé”. No mercado imobiliário, a cobrança de juros “no pé” pode acontecer de duas formas: (i) o incorporador dilui os juros compensatórios nas parcelas devidas pelo promitente comprador; (ii) o incorporador cobra os juros de uma só vez, quando o imóvel fica pronto, inclusive o período anterior à entrega das chaves ao consumidor”.

A doutrina questiona a legalidade da incidência desta taxa, uma vez que se trata de cobrança que não amortiza o saldo devedor. Ela é efetuada, por muitas vezes, antes da entrega do imóvel e conseqüentemente, antes da efetiva amortização, via pagamento das prestações mensais avençadas em contrato. No entendimento dos tribunais, o consumidor era colocado em situação desvantajosa, visto que, além de não usufruir do imóvel, tinha que arcar com o pagamento das taxas relativas às etapas de construção de moradia.

Acerca do tema, destaque-se o seguinte julgado:

ACÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS COBRADOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. ABUSIVIDADE. PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO CÍVEL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. APELO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA SEGUIDA. AGRAVO. NOVEL DECISÃO POR MAIORIA DA 4ª TURMA DO STJ. ENTENDIMENTO ISOLADO - DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL. NÃO PROVIMENTO. POR MAIORIA. A irrisignação da parte recorrente volta-se para o fato de que existe novel decisão parida pela 4ª Turma do STJ que derroca todo argumento sustentado por esta relatoria em sua decisão que se encontra com a jurisprudência recente dos Tribunais. Em suas razões, a parte agravante ostenta que houve pacificação da matéria no Superior Tribunal de Justiça e, por força de consequência lógica, a cobrança dos juros compensatórios é legal; Apesar de eloquente o argumento parasitado à decisão recente da Corte da Cidadania, com a devida vênua, é uma novel decisão que ainda não se consolidou nos Tribunais. Ademais, ainda nesse particular, existe tão quão recente julgado da 3ª Turma do STJ, parido no mesmo mês do entendimento levantado pela parte agravante. Logo, ante a desuniformidade de decisões, ou seja, divergentes decisões, mantenho decisão fustigada; Recurso de Agravo a que se nega provimento. (TJ-PE - AGV: 2792087 PE 0015119-36.2012.8.17.0000, Relator: Itabira de Brito Filho, Data de Julgamento: 28/08/2012, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 171)

O atual entendimento do STJ, contudo, permite a cobrança em questão, de modo que, segundo Marques:

“Em matéria de construção de imóveis, a solidariedade do agente financeiro (que tem o dever de fiscalização imposto por lei) é reconhecida. Como previa anteriormente Portaria da SDE – MJ, a abusividade da cláusula de “juros no pé” ou cobrança de juros antes da fruição, possível do consumidor do imóvel foi considerada abusiva por algum tempo. Porém, recentemente, tal interpretação mudou e a cobrança de juros antes da entrega do imóvel foi considerada legal. Neste sentido saúde-se a recente jurisprudência que permite penalizar a demora na entrega do imóvel, com

mudança de índices para o IPC” (MARQUES, 2014, P. 489-490).

Seguindo esse posicionamento, há consenso nos tribunais pela abusividade da cobrança da taxa de evolução de obra, aplicável apenas às situações em que ocorre o atraso na entrega do imóvel:

JUROS COMPENSATÓRIOS (“JUROS NO PÉ”). INCIDÊNCIA ANTERIOR À ENTREGA DAS CHAVES. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. A Seção, por maioria, decidiu que não é abusiva a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidentes em período anterior à entrega das chaves nos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária. Observou o Min. Antonio Carlos Ferreira que, a rigor, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção deveria ser feito à vista. Não obstante, em favorecimento financeiro ao comprador, o incorporador pode estipular o adimplemento da obrigação mediante o parcelamento do preço, inclusive, em regra, a prazos que vão além do tempo previsto para o término da obra. Em tal hipótese, afigura-se legítima a cobrança dos juros compensatórios, pois o incorporador, além de assumir os riscos do empreendimento, antecipa os recursos para o seu regular andamento. Destacou-se que seria injusto pagar na compra parcelada o mesmo valor correspondente da compra à vista. Acrescentou-se, ainda, que, sendo esses juros compensatórios um dos custos financeiros da incorporação imobiliária suportados pelo adquirente, deve ser convencionado expressamente no contrato ou incluído no preço final da obra. Concluiu-se que, para a segurança do consumidor, em observância ao direito de informação insculpido no art. 6º, é conveniente a previsão expressa dos juros compensatórios sobre todo o valor parcelado na aquisição do bem, permitindo, dessa forma, o controle pelo Judiciário. Além disso, afirmou o Min. Antonio Carlos Ferreira que se esses juros não puderem ser convencionados no contrato, serão incluídos no preço final da obra e suportados pelo adquirente, sendo dosados, porém, de acordo com a boa ou má intenção do incorporador. Com base nesse entendimento, deu-se provimento aos embargos de divergência para reconhecer a legalidade da cláusula contratual que previu a cobrança dos juros compensatórios de 1% a partir da assinatura do contrato. (REsp n. 670.117-PB, Rel. originário Min. Sidnei Beneti, Rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, jul. 13/6/2012).

Todavia, em uma análise pormenorizada, a função social do contrato de financiamento habitacional deverá sempre estar em primeiro plano, sobretudo quando se tratar de política pública voltada à garantir o acesso ao direito de moradia.

Cobranças excessivas nos financiamentos alteram substancialmente a economia das famílias, uma vez que lhes transfere uma sobrecarga além do ônus financeiro assumido regularmente no empréstimo para aceder à casa própria, e parecem exceder a natureza para a qual esse tipo de contrato fora criado.

Na profícuca lição de Nunes tal cobrança configuraria uma prática abusiva contratual por estar “ligada ao conteúdo expresso ou implícito das cláusulas estabelecidas no contrato de consumo” (NUNES, 2004, P. 603).

No mesmo sentido:

A norma proíbe:

“V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

“A regra deste inciso V é a mesma do art. 51, IV, com a diferença que lá o

abuso é identificado no contrato existente (o que torna a cláusula contratual nula), e aqui diz respeito à prática, independentemente da existência ou não de contrato firmado entre fornecedor e consumidor” (NUNES, 2004, P. 616).

Para fixar o entendimento da “vantagem excessiva”, Nunes (2004, p. 616) destaca a própria definição elencada no artigo 51 em seu § 1º que dispõe:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

§1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II – restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. [...]

Como medida para remediar a abusividade, Marques (2014, p. 950) leciona que, após a conclusão do contrato, passa a imperar, à luz do CDC, o princípio da equidade contratual, com fim de estabelecer direitos e deveres nos contratos para alcance da justiça contratual. Para tanto, segundo a autora, o codex consumerista dispõe de normas que vedam quaisquer cláusulas definidas como a que assegurem “vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que não encontrem compatibilidade com a boa-fé e a equidade” (MARQUES, 2014, p. 950).

Arrematando este entendimento:

“A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por “abuso do poderio econômico” do fornecedor, ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC, e a autonomia da vontade não prevalecerá” (MARQUES, 2004, p. 950).

Deste modo, apesar de a referida cobrança estar consignada em contrato, os encargos decorrentes da taxa de evolução de obra também são questionáveis do ponto de vista da remuneração devida pelo agente financeiro em detrimento do devedor. Em razão da não ocorrência da efetiva amortização por meio do pagamento desta espécie de juros, vislumbra-se ausente a justa causa no recebimento dos valores em comento.

Do mesmo modo, a falta de previsão em lei permite concluir que a mencionada taxa é indevidamente auferida. Assim, este tipo de enriquecimento, as expensas de alguém, consubstancia-se de acordo com o artigo 884 do Código Civil de 2002, como enriquecimento sem causa (DINIZ, 2013, p. 59).

Diniz ainda complementa que:

“[...] para que se forme a obrigação de restituir por enriquecimento sem causa, mostra-se necessário, além da inexistência de justa causa, que haja vantagem econômica auferida pelo enriquecido. O dispositivo não exige, portanto, que se prove, estritamente, empobrecimento do prejudicado, entendido como diminuição de bens materiais. Essa baliza está em consonância com a ideia de que o enriquecimento pode advir não apenas da diminuição quantitativa de patrimônio alheio, mas também de se evitar despesas ou de prestação de trabalho ao enriquecido. Pelo CC, o enriquecimento tem sua primeira medida, então, no valor auferido pelo enriquecido, se obtido sem causa ou por causa injusta” (DINIZ, 2013, p. 65).

Assim sendo, tem-se que durante a fase de construção não ocorre a transferência efetiva do imóvel ao consumidor. Destarte, não há qualquer espécie de benefício auferido por esse com os recursos do financiamento repassados pelo agente financeiro, situação que não permite ensejo à justa causa para a cobrança da taxa de evolução de obra.

Igualmente, o contrato de financiamento habitacional não encontra similaridade com contratos de empréstimo, primeiro, por aquele estar norteado pelas regras e princípios do SFH e segundo por efetivamente não ser um contrato de empréstimo. Inexistindo permissão legal para cobrança de juros compensatórios, que é devida somente em contratos tradicionais de mútuo, caracterizar-se-á a vantagem indevida.

A respeito da temática da vantagem indevida ensina Diniz que é aquela:

“[...] não apoiada em suporte legal que autorize sua entrega, considerando-se aqui o conjunto de normas que incidem para autorizar o ganho e a retenção do benefício econômico pelo enriquecido, normas essas que não apenas instituem tipos legais ou negociais (título jurídico), mas também balizas valorativas (justiça da causa) para se afirmar a conformidade do fato econômico verificado como ordenamento jurídico” (DINIZ, 2013, p. 66).

Em financiamentos imobiliários, com correções monetárias e incidência altas taxas de juros praticadas com liberdade de “mercado”, torna-se inócua a cobrança de algo a mais, uma vez que devidamente remunerados. Principalmente quando despido de suporte legal autorizador, fato que, caracterizaria, além de abusividade contratual, uma forma de enriquecimento sem causa e logo, trata-se de medida insustentável em face do equilíbrio econômico a ser exigido nessas relações de consumo. Hipóteses totalmente dissonantes com a natureza e os princípios elencados na Lei n. 4.380/64, norteadora do SFH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o limiar da civilização até os dias atuais, questões complexas acerca dos juros, sua forma de cobrança e limitações, foram levantadas, ora com soluções parciais, as quais agradavam àqueles em situações privilegiadas; ora com alternativas nebulosas de pouca eficácia. Inúmeros aspectos foram debatidos, travados e impostos, em tentativas de solucionar o conflito em questão. Percebe-se no transcorrer da pesquisa, que estes variavam de acordo com o momento histórico e tamanha era a dificuldade em atingir uma solução, que até intervenção divina foi necessária, aliás,

importante ressaltar, também sem êxito.

Por meio da elaboração de panorama histórico acerca do instituto dos juros no Brasil, verificou-se estar positivado nas Constituições ao longo da história e no ordenamento infraconstitucional as premissas básicas acerca de sua aplicação. Houve, ainda, a demonstração de inúmeras tentativas de solucionar uma questão tormentosa, que direta ou indiretamente afetava e ainda afeta a toda coletividade.

Proseguindo-se, foi possível aferir a aplicação das disposições de proteção ao consumidor aos contratos firmados com instituições financeiras, como forma de salvaguardar o direito dos hipossuficientes frente ao poder destas grandes entidades.

Em um segundo momento, houve a preocupação de avaliar o Sistema Financeiro Habitacional, seu surgimento, importância e finalidade, bem como estabelecer a intrínseca relação com o direito à moradia.

Em complemento também se abordaram aspectos essenciais dos contratos do SFH, como uma forma de compreensão acerca da importância do direito de moradia e sua oferta à sociedade em geral, sendo possível compreender que, assim como os demais contratos de financiamento, a remuneração dos contratos do SFH é proporcionada através da cobrança de juros, segundo prévia pactuação.

Diante do cenário apresentado, este trabalho analisou, de modo específico, a incidência da taxa de juros de obra, em prestações de financiamentos habitacionais, como cobrança abusiva nas relações contratuais de consumo com o objetivo de determinar a ilegalidade de sua cobrança.

Para tanto, analisou-se o *modus operandi* dos contratos de financiamento habitacional à luz do direito constitucional de moradia e do Código de Defesa do Consumidor, de modo a fornecer informações sobre a forma de contratação da taxa e sistema de juros aplicados.

Destarte, é evidente que a finalidade social preconizada na Lei n. 4.380/64 é mitigada em razão de interesses egoísticos por parte daqueles que possuem a maior parcela de poder econômico e político.

Neste ponto, foi possível debater o tema central do trabalho, qual seja a abusividade da cobrança da taxa de evolução de obra em contratos de financiamento habitacional.

O Código de Defesa do Consumidor, respaldado pelos princípios constitucionais da solidariedade social e da igualdade substancial, surgiu para a criação de novas orientações teóricas, favoráveis ao consumidor, para a revisão dos contratos.

Nesse contexto, aliado ao direito à moradia como garantia fundamental, os objetivos traçados para o Sistema Financeiro Habitacional devem ser seguidos de modo a satisfazer as disposições norteadoras da Constituição Federal, propiciando à população em geral a possibilidade de alcançar uma moradia digna de fato.

Conclui-se, desse modo, que a taxa de evolução de obra, espécie de juros remuneratório cobrado durante a fase de construção se choca com qualquer finalidade social preconizada pela Constituição e pelo próprio Sistema Financeiro da Habitação da qual ela é parte.

O principal efeito da referida cobrança é a onerosidade excessiva ao polo hipossuficiente, o consumidor adquirente, visto que a instituição financeira já é

ressarcida de modo integral no valor empregado ao financiamento habitacional durante a fase de amortização do contrato. Assim, qualquer cobrança além deste prazo configura-se como abusiva.

Neste panorama, percebe-se que a instituição financeira, ao cobrar a referida taxa, estaria por receber uma quantia superior ao estabelecido originalmente no contrato de financiamento. As condições avençadas, como o prazo, as taxas de juros remuneratórios e compensatórios seriam mais que suficientes para remunerar a contratada.

O atual posicionamento jurisprudencial é favorável à manutenção da cobrança da taxa de evolução da obra, sob a alegação de que simplesmente são “devidos contratualmente”, com os tribunais alinhados ao entendimento de sua aplicação.

No entanto, no enfrentamento desse posicionamento, busca-se o entendimento de que a taxa de evolução de obra é abusiva nessa espécie de contrato de financiamento, uma vez que, devido a sua natureza, visa possibilitar o acesso ao direito à moradia, um direito social reconhecido pela Constituição Federal.

Sua cobrança vai além do que o esperado em termos de remuneração do capital em contratos dessa estirpe de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro Habitacional, especialmente quando o objeto de tal negócio é social e o foco precípua não é a garantia de lucratividade das instituições financeiras, diferentemente do que é exigido em qualquer contrato de mútuo feneratício.

Assim sendo, vislumbra-se que os contratos firmados sob a égide do SFH têm sua remuneração suficientemente atrelada aos juros contratualmente estabelecidos, de modo que a taxa de evolução da obra transcende em onerosidade, desarticulando-se com o escopo desse tipo de contrato social, o que evidencia sua insustentabilidade econômica, por sua flagrante abusividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Conceito**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htmls/selic/conceito_taxaselic.asp>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. **Código Civil (1916), de 1º de janeiro de 1916**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

_____. **Código Civil (2002), de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **Código Comercial (1850), de 25 de junho de 1850**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), de 16 de julho de 1934.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **Constituição Federal (1988), de 05 de outubro de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933.** Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 abr. 1933. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. **Decreto n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

_____. **Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964.** Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 set. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4380.htm>. Acesso em: 02 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 670117/PB.** Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112362112/jurisprudencia-comentada-stj-segunda-secao-eresp-670117-pb-juros-compensatorios-juros-no-pe>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 213825/RS.** Relator: **Ministro Barros Monteiro.** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 27 nov. de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8099665/recurso-especial-resp-213825-rs-1999-0041288-5>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 457468/PB**. Relator: Ministra Laurita Vaz. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 29 ago. 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/71653/recurso-especial-resp-457468-pb-2002-0091142-0>>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 670117/PB**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 23 set. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16615575/recurso-especial-resp-670117-pb-2004-0081926-1/inteiro-teor-16956376>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 121**. Na execução fiscal o devedor deveser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 29 nov. 1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 381**. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 22 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Agravo Legal n. 2792087**. Relator: Desembargador Itabira de Brito Filho. Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Recife, PE, 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22400668/agravo-agv-2792087-pe-0015119-3620128170000-tjpe>>. Acesso em: 02 set. 2015.

DINIZ, Davi Monteiro. **Da obrigação de restituir por enriquecimento sem causa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERREIRA, Tereza Cristina. **A função social do contrato e a polêmica acerca da capitalização de juros no SFH**. In: Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Org.). 1º Prêmio ABECIP de monografia em crédito imobiliário e poupança: Construindo um modelo permanente, equilibrado e economicamente sustentável de crédito imobiliário brasileiro. São Paulo: Et Cetera, 2007.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. SFH, **Sistema Financeiro de Habitação. Revisão de Contratos: de acordo com a Constituição Federal e a Matemática Financeira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JANTALIA, Fabiano. **Juros bancários**. São Paulo: Atlas, 2012.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos**. 3. ed., atual., ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Roberto Carlos Martins. **Temas controvertidos no sistema financeiro da habitação**. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004.

SCANOVE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos bancários**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2015.

Artigo recebido em: 27/03/2017

Artigo aceito em: 24/05/2016

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

**3. O DIREITO E A ECONOMIA NO CONTEXTO DOS CONFLITOS DA
TERRA: O PARADOXO PROBLEMÁTICO DO PAGAMENTO POR
SERVIÇOS AMBIENTAIS APLICADO NA AGROECOLOGIA**

**3. THE LAW AND THE ECONOMY IN THE LAND CONFLICTS: THE
PROBLEMATIC PARADOX OF THE PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL
SERVICES APPLIED FOR AGROECOLOGY**

*Ana Paula Rengel Gonçalves¹
José Rubens Morato Leite²*

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Doutoranda em Direito pela mesma instituição; Bolsista CNPq; Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, do CNPq. Brasil.
E-mail: apregelgoncalves@gmail.com.

2 Professor Titular dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Pós-Doutor pela Universidad Alicante, Espanha 2013/4; Pós-Doutor pelo Centre of Environmental Law, Macquarie University - Sydney - Austrália 2005/6; Doutor em Direito Ambiental pela UFSC, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; mestre em Direito pela University College London; Membro e Consultor da IUCN - The World Conservation Union - Commission on Environmental Law (Steering Committee); Presidente do Instituto O Direito por um Planeta Verde; coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, do CNPq. Brasil.

Como citar este artigo:

GONÇALVES, Ana Paula Rengel; LEITE, José Rubens Morato. **O Direito e a Economia no contexto dos conflitos da terra: o paradoxo problemático do pagamento por serviços ambientais aplicado na Agroecologia.** Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul. 2017; v. 1 (1): 54-73.

RESUMO

O modelo agrícola dominante acarreta em muitos prejuízos ambientais, evidenciados pela degradação do solo e desvalorização das comunidades tradicionais. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva examinar se o pagamento por serviços ambientais é capaz de fomentar satisfatoriamente um sistema agrícola sustentável, a agroecologia. A hipótese verificada é de que o referido estímulo é viável, desde que entenda os conflitos da terra existentes e, mais, assegure a participação de todos os grupos afetados. Este trabalho utilizará a metodologia monográfica combinada com técnica de pesquisa bibliográfica e método indutivo. O resultado preliminar é que a agroecologia mantém a natureza de forma harmônica como quer o pagamento por serviços ambientais, entretanto, o atual sistema implantado é problemático e insuficiente.

Palavras-chave: pagamento por serviços ambientais, agroecologia, conflitos, participação, economia.

ABSTRACT

The dominant agricultural model brings many environmental issues, evidenced by the soil degradation and the devaluation of the traditional communities. In this context, the present work objectives to exam if the payment for environmental services is capable of satisfying fomenting a sustainable agricultural system, agroecology. The verified hypothesis is that the referenced stimulus is viable, but only if it understands the land conflicts and assures the participation of all the affected parties. This article will utilize the monographic methodology combined with the bibliographical research technique and inductive method. The preliminary result is that agroecology maintains nature in a harmonic way, as wished by payment for environmental services, however, the current used system is problematic and insufficient.

Keywords: payment for environmental services, agroecology, conflicts, participation, economy.

INTRODUÇÃO

A agroecologia é um ramo da agricultura que compreende a necessidade de olhar as influências da produção de alimentos na proteção ambiental. Através de um prisma holístico e complexo, busca unir conhecimentos para atingir um caminho rural sustentável.

Já o Pagamento por Serviços Ambientais é uma tendência nova que, no que tange à ausência de abordagem econômica das externalidades positivas geradas pelos serviços dos ecossistemas, percebe as falhas do mercado. Assim, pode ser classificado como um instrumento econômico que visa conceder incentivos para

as condutas que gerem provisão e/ou manutenção dos serviços gerados pelos ecossistemas, em benefício de toda sociedade.

Cabe mencionar que o papel positivo e premial da Administração fomentadora pode auxiliar a sanção jurídica na proteção ambiental. Bobbio (2007, p. 35) explica que a vantagem consiste na busca por aumentar as ações vantajosas, fáceis e necessárias. A utilização de instrumentos premiais, como o pagamento por serviços ambientais, para complementar as normas repressivas é importante, pois percebe atividades lícitas e desejadas que merecem ser estimuladas, facilitadas e tornadas vantajosas.

Dentro do prisma rural, é visível a existência de conflitos. Ao não promover a agroecologia, o Estado faz uma opção de desenvolvimento econômico que prejudica o pequeno agricultor e o meio ambiente, então, essa escolha tem implicações ambientais e sociais. O fato de existirem diversos fomentos ao agrobusiness, como em relação aos incentivos fiscais para os agrotóxicos, potencializa estas contendas ambientais. Por se tratar de um ramo amplo, não é o tema do estudo.

O instrumento econômico em análise, por óbvio, não é imune a críticas. O presente trabalho visa analisar a necessidade de se ter um instrumento econômico voltado à agroecologia, bem como a forma que é aplicado o pagamento por serviços ambientais para sanar o conflito existente para aqueles que auxiliam na conservação do meio ambiente, mas não recebem estímulos para tanto. Da mesma forma, algumas sugestões de aprimoramento são brevemente aventadas. Ressalta-se, desde logo, que o modelo atual é contraditório, e sempre o será, enquanto não viabilizar a participação no processo decisório das pessoas diretamente envolvidas. O método utilizado nesta pesquisa é o indutivo, tendo como objetivo geral analisar a relação do pagamento por serviços ambientais para a agroecologia, através da perspectiva crítica.

1. A PRODUÇÃO ALIMENTAR: SEU SURGIMENTO E MODERNIZAÇÃO

As sociedades sempre se empenharam para aumentar o bem-estar, principalmente no que tange a alimentação. Em anos de desenvolvimento e aprimoramento das técnicas agrícolas, entretanto, o acesso ao alimento e, mais, à segurança alimentar permanecem grandes problemas mundiais. Isso sem olvidar as dúvidas quanto às consequências dessa nova agricultura que vem sendo utilizada (CODONHO, 2014, p. 13-14).

A Revolução Verde marca a grande expansão das práticas agrícolas mediante uso de insumos químicos e instrumentos mecânicos pelos países em desenvolvimento, principalmente após 1960. O que se visa é justamente a intensificação dos recursos para aumento da produção na mesma quantidade de terra, expandindo também para as áreas não cultivadas (CODONHO, 2014, p. 24). Desta maneira foi constituído o sistema de produção agrícola dominante, o qual negou a natureza e, então, se revelou prejudicial ao meio ambiente.

Após a década de 1970 a modernização agrícola e a formação de grandes complexos agroindustriais foi fortalecida em razão da integração de três elementos básicos: as indústrias agrícolas, a agricultura moderna e as agroindústrias

processadas, todas beneficiadas por fortes incentivos de políticas governamentais. O desenvolvimento industrial afetou o meio rural, especialmente com a concentração e aplicação de capitais para os grandes grupos de produtores (BRANDENBURG, ISAGUIRRE, 2014, p. 111).

O presente trabalho aborda o sistema agrícola, o qual exerce um forte peso na proteção ambiental. Da mesma maneira, a agricultura é uma das principais bases da economia brasileira, sem esquecer o aspecto pessoal da agroecologia, qual seja, a vida dos agricultores. Os conflitos ora em exame afetam a Ecologia, a Economia e o aspecto social. Por este motivo, optou-se por conferir à pesquisa abordagem ambiental e econômica.

2. ECONOMIA E ECOLOGIA: UMA RELAÇÃO COMPLEXA E INTRÍNSECA

De início, é importante falar da relação entre a economia e o meio ambiente, sendo que coexistem através da interdependência, vez que a economia depende do meio ambiente. A relação, todavia, é paradoxal na medida em que a economia é capaz de destruir o bem ambiental e, ainda, por ele é impactada. Ao se analisar a economia é crucial pensar na ecologia; como também ao se examinar a ecologia é crucial considerar a economia. Ambos, portanto, estão intrinsecamente relacionados (MARTINS, 2013, p. 31). Conforme ensina Derani (2008, p. 173) não é possível separar economia e ecologia.

Com a evidência da problemática ambiental, cabe mencionar a diferença entre economia tradicional e economia ecológica. A primeira não percebe a complexidade ecológica, isto é, trabalha na perspectiva de um mundo ideal, no qual não se debate problemas reais como a finitude dos recursos ambientais. A teoria econômica tradicional crê no aumento de produção constante como solucionador de problemas e na possibilidade de crescimento sem limites. Assim, desconsiderando a fonte e destinação dos recursos naturais, atinge-se a cegueira ambiental (MARTINS, 2013, p. 37).

A concepção econômica convencional parte de um raciocínio de um sistema mecânico econômico fechado, independente da biosfera. Essa ideia insustentável tem como fundamento uma ética que objetiva a maximização do bem-estar da sociedade atual, tendo como resultado a desconsideração dos limites e do bem-estar das futuras gerações (VEIGA, 2010, p. 26).

Em síntese, a economia tradicional aumenta a problematização e os riscos de danos ambientais irreversíveis e, ainda, não permite que economistas que compreendem o fenômeno ecológico consigam ultrapassar os fundamentos mecanicistas da teoria econômica (JODAS, 2015, p. 49).

A economia ecológica, por sua vez, passa a enxergar o crescimento sob o viés crítico e pressupõe a conexão entre economia e meio ambiente. Requer, igualmente, um ponto de vista de cuidado, por meio da redução da demanda de recursos naturais e da geração de resíduos. Ao contrário da teoria tradicional, a economia ecológica não entende que os problemas atuais, como a pobreza, podem ser resolvidos através de crescimento. A “erradicação da riqueza”, portanto, se atinge com a eliminação do supérfluo, do excessivo e que do gera desperdício, com vistas a assegurar, a longo

prazo, vida digna a todos. (MARTINS, 2013, p. 55).

A preocupação com o campo de pesquisa pluralista e a visão holística, bem como a percepção da economia como um subconjunto de um sistema maior, acarretam no dever de coerência entre as atividades econômicas e as condições ecológicas. Revela-se, então, a vulnerabilidade humana perante as transformações do bem ambiental (SOUZA, 2014, p. 39).

Enquanto a economia tradicional opera com o “diagrama do fluxo circular” de riquezas entre famílias e empresas, George-Roegen, fundador da economia ecológica, apresenta o fluxo metabólico, com base na entropia, a segunda lei da termodinâmica. Assim, a economia supera o mecanicismo e admite que depende do meio ambiente e se conecta com o meio externo (MARTINS, 2013, p. 58). Cabe, aqui, o ensinamento de Alier (2014, p. 45):

A economia ecológica é um campo de estudos transdisciplinar estabelecido em data recente, que observa a economia como um subsistema de um ecossistema global e finito. [...] Na economia ecológica, considera-se que a economia está inserida ou incrustada no ecossistema – ou para dizê-lo de modo mais preciso – animada pela historicamente cambiante percepção social do ecossistema.

Com relação aos parâmetros aceitos na economia ecológica, tem-se um sistema econômico aberto, pois nada se perde, ou seja, capta-se e, depois, deposita-se matéria e energia no seu meio. Os intercâmbios de fluxos trocados, portanto, geram mudanças qualitativas no ecossistema e o crescimento da economia encontra limites físicos na dimensão do Planeta Terra (DERANI, 2008, p. 107).

2.1. Instrumentos econômicos: de uma perspectiva geral à sua aplicação ambiental

Através da análise da relação entre economia e meio ambiente, principalmente com a economia ecológica, é possível reforçar a necessidade de uma abordagem conjunta. A partir desse enfoque, inclusive, surge o sistema dos instrumentos econômicos para a proteção do meio ambiente, como o Pagamento por Serviços Ambientais, que será examinado em seguida.

O direito ambiental brasileiro comumente usa instrumentos de comando e controle com vistas à conservação do meio ambiente. Essas políticas têm muitos aspectos positivos, todavia, requerem uma profunda atuação do Estado, principalmente fiscalizatória, e, via de regra, restringem significativamente as atividades humanas. Ao mesmo tempo, a demanda por alimentos cresce exponencialmente, propulsãoada pelo aumento da população, o que acarreta no aumento do uso dos recursos naturais e, então, é formado um circuito em que a crise ambiental é fortalecida (LAVRATTI, TEJEIRO, STANTON, 2014, p. 07). Cumpre salientar que não se pretende propor a exclusão do sistema de comando e controle, mas sim apontar que há déficits.

Os efeitos da utilização predatória da natureza cada vez mais aumentam a complexidade da problemática e dificultam a ocultação dos danos, realizada por muito tempo. Por este motivo, a proteção do meio ambiente é tema de preocupação de diferentes elementos da sociedade, como a Política, a Economia e o Direito. A princípio são editadas normas e instrumentos de caráter repressivo, nas três esferas

da responsabilidade ambiental.

É evidente que a Constituição Federal de 1988 deve ser respeitada, igualmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, sendo sua proteção obrigatória. Se qualquer prática estiver em desacordo com o preceito constitucional e também com qualquer outra norma infraconstitucional de proteção ambiental, o Estado tem tarefa de agir com severidade perante a conduta ilícita.

De tal modo, reconhecendo a importância dos mecanismos repressivos e de comando controle, cabe contemplar a possibilidade da utilização de instrumentos jurídicos que tragam a promoção de incentivos às condutas ambientalmente corretas. Na posição de mecanismos complementares, os instrumentos de estímulo às práticas protetivas podem auxiliar na consecução dos objetivos constitucionais (LAVRATTI, TEJEIRO, STANTON, 2014, p. 15).

Ronaldo da Motta (2000, p. 88) entende que os instrumentos econômicos são os que “atuam diretamente nos custos de produção e consumo dos agentes econômicos, cujas atividades estão compreendidas nos objetivos da política”. Examinando esse conceito, Nusdeo (2012, p. 101) aduz que o aspecto elementar é “o caráter indutor dos comportamentos desejados pela política ambiental”, que pode ser realizado através de tributos e preços públicos, criação de subsídios ou transação sobre direitos de poluir ou créditos de não poluição.

Convém explicar que os instrumentos econômicos precificados são os que modificam os preços de bens e serviços da economia, aumentando-os quando querem desestimular (superavitários) ou diminuindo-os quando visam estimular a ação (deficitários). Os instrumentos de mercado, por sua vez, criam direitos transacionáveis entre agentes ou a negociação em mercado aberto. Desta forma, podem dizer respeito à emissão de substâncias poluentes, créditos de práticas de preservação ou reposição de bens ambientais ou comprovada diminuição da emissão de poluentes ou de aquecimento da atmosfera (NUSDEO, 2012, p. 103).

2.2. O Pagamento por Serviços Ambientais e a participação como sua pedra angular

Importa lembrar que as atividades que acarretam externalidades positivas são as que trazem benefícios à população sem que esta tenha participado diretamente na sua produção. Assim, surge o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), um instrumento econômico dentro do direito ambiental, com base no princípio do protetor-recebedor, que tem o intuito de corrigir as falhas de mercado que, sem a sua utilização, fariam a economia a analisar os serviços prestados como bens “livres” (ALTMANN, 2015, p. 41).

Em poucas palavras, o PSA visa valorizar e remunerar a conservação do meio ambiente, e, mais, internalizar as externalidades positivas. Desta forma, possibilita que o agente que as produziu recupere os custos despendidos, necessários à produção desses benefícios (NUSDEO, 2012, p. 72).

O PSA é disposto na Lei n. 12.651 de 2012, que instituiu o novo Código Florestal, como um apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, de forma

que visa à adoção de tecnologias e atividades que harmonizem a produtividade agropecuária e florestal e, minimize os impactos ambientais, seguindo o desenvolvimento ecologicamente sustentável. O PSA pode ser monetário ou não monetário e está diretamente relacionado às práticas de conservação e melhoria dos ecossistemas, e que resultem em serviços ambientais, sendo que as alíneas do inciso I, do art. 41, da referida Lei, apresentam o rol exemplificativo de atividades. Dentre as quais, destacam-se: a conservação da biodiversidade, a conservação das águas e recursos hídricos, a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico e a conservação e o melhoramento do solo (BRASIL, 2012).

Dentro do panorama do Brasil, o PSA requer exames que entendam a necessidade de equacionamento do relacionamento imbricado entre a eficiência particular dos instrumentos econômicos no direito ambiental e o dever de informação e participação da parcela da sociedade que se relaciona com o tema, que dependem da terra e pedem a proteção ambiental (NUSDEO, 2012, p. 10).

O tema da participação tem bastante prestígio no direito ambiental como um todo e, particularmente, dentro do pagamento por serviços ambientais, já que é um princípio fundante do mesmo (NUSDEO, 2012, p. 115). A criação de espaços de participação nas decisões ambientais do PSA, assim, valoriza a opinião dos grupos afetados.

Ao passo contrário, a gestão de maneira centralizada, autoritária e sem participação popular surge como um dos maiores problemas na gestão das terras. A participação das comunidades dentro das políticas públicas que justamente visam trabalhar com elas, portanto, é pedra angular para o sucesso destes institutos.

Abramovay (2012, p. 53) explica que ser participante é ser receptivo, solidário, disponível, dentre outros aspectos. Ao ter-se participação, as partes ganham direitos, responsabilidades, privilégios e trabalho. Já efetivamente participar é cooperar, propor, compartilhar, discordar, opinar e interagir. É exatamente esse o ponto sensível do atual sistema de política de PSA: a não participação das pessoas que estão envolvidas com os serviços ambientais agroecológicos. Sem as partes terem voz nos processos decisórios, o instrumento não tem como produzir efeitos satisfatórios. É preciso permitir participações populares, de todos os envolvidos, especialmente dentro do contexto plural dos produtores brasileiros.

A discussão levada a efeito parte deste sentido, pois a ressignificação da ruralidade, dentro do sistema normativo, deve valer-se da diversidade cultural, que enfatiza os sujeitos reais, plurais e complexos, os quais merecem ter seus direitos reconhecidos e passíveis de serem exercitados. A ruralidade e o meio ambiente, juntos, reafirmam a cidadania de suas gentes, e seu exame concomitante permite verificar criticamente como os institutos do direito agroambiental foram desenhados e, além disso, como podem ser redesenhados através do ponto de vista da sustentabilidade socioambiental (BRANDENBURG, ISAGUIRRE, 2014, p. 131).

O fato das práticas rurais sustentáveis permanecerem periféricas às desenvolvidas pelo sistema agrário dominante potencializa os conflitos. É preciso torná-las visíveis ao Direito, com todas as diversidades, para conferir participação e cidadania. Não é possível o sistema jurídico permanecer alheio à existência de pessoas com convicções distintas da perspectiva liberal capitalista, como os

agricultores da agroecologia, devendo, então, questionar as bases das atuais políticas públicas em um projeto de sustentabilidade social e ambiental para a realidade nacional (BRANDENBURG, ISAGUIRRE, 2014, p. 131).

Com a exclusão das “minorias” nas políticas de desenvolvimento um contraponto é formado. Os povos e as comunidades tradicionais auxiliam na manutenção do bem ambiental na medida em que seu uso tradicional da terra promove o manejo dos recursos naturais e não geram impactos significativos ao meio ambiente. Com a deliberada exclusão destas pessoas das políticas relacionadas ao tema não é outra a conclusão a não ser flagrante injustiça ambiental (MOREIRA, 2010, p. 131).

A inclusão das comunidades tradicionais em políticas como a de pagamento por serviços ambientais deve ser analisada crítica e conscientemente, conferindo ênfase à efetividade destas na proteção dos ecossistemas, a participação das comunidades na observância dos compromissos assumidos como contrapartida ao recebimento de benefício, o grau de aceitação das comunidades aos programas e sua transparência (MAMED, 2014, p. 94).

Diante deste espectro, é imperativo assumir a existência de comunidades diversas e admitir a necessidade de fomentar uma nova ruralidade sustentável. Isto pode ser feito através de políticas realmente públicas e, mais, como aqui se pensa, por meio do instituto do pagamento por serviços ambientais, com viés cooperativo e participativo.

Wunder (2015, p. 241) define o PSA como uma transação voluntária entre usuários do serviço ambiental e provedores do mesmo, sob a condição de cumprir as regras acordadas sobre a gestão da natureza que favorece a provisão dos serviços ambientais.

As transações dentro do sistema possuem natureza jurídica de arranjo contratual ou acordo negociado, no sentido que os provedores, mediante termo de compromisso, assumem obrigações e se submetem ao controle do seu cumprimento. O comprador tem a obrigação de conferir o pagamento, respeitando os valores e datas acordados, ganhando o direito de verificar a execução dos deveres contratuais (NUSDEO, 2012, p. 71).

Ao se ressaltar o princípio do protetor-recebedor, e não o do poluidor-pagador, o PSA visa uma gestão inovadora do bem ambiental, pois ressalta o caráter preventivo, e não repressivo, com vistas a atingir a consecução do comportamento socialmente desejado. Em outras palavras, as ações que promovam a melhoria, manutenção ou recuperação dos recursos naturais, de forma a gerar serviços ecossistêmicos que possivelmente seriam perdidos ou degradados sem o referido instrumento, nesta lógica, comportam receber incentivos (STANTON, 2015, p. 52).

Cabe salientar que Stanton (2015, p. 12) defende que o PSA não merece cumprir um papel de meramente fornecer ganhos monetários aos participantes, pois estaria justamente integrando o conjunto de políticas assistencialistas que quer superar. Ao mesmo tempo, é inegável que todos são beneficiados quando um serviço ecossistêmico é preservado. O cerne está no fato de que nem todos pagam por esse aproveitamento, ou seja, o agricultor que produz uma externalidade positiva arca com todas as despesas, sendo que a sociedade inteira aproveita o serviço. Por

este motivo, somado à ausência de incentivos para a conduta que conserva, por vezes os produtores de serviços optam pelo uso do solo que possa trazer benefícios monetários diretos. Assim, há uma subprodução dos serviços ecossistêmicos, o que leva o Estado a intervir e a Administração Pública agir de maneira fomentadora (NUSDEO, 2012, p. 19).

Ademais, é preciso entender as atividades a serem estimuladas. Dentro do Direito Ambiental, é preciso que elas sejam socialmente desejáveis. A política como instrumento deve abarcar o conhecimento da natureza, com vistas a produzir uma política social que compreenda seus limites, de forma que traga uma economia no seu sentido mais amplo, isto é, uma prática econômica eficaz, duradoura e sustentável (DERANI, 2008, p. 130).

Sem se olhar o panorama todo, sem aprimorar o tratamento conferido ao meio ambiente, o crescimento é ilusório e aumenta os conflitos da terra. Atingir o limite do bem ambiental, da quantidade de transformação de matéria e de energia não está diretamente relacionado com o crescimento econômico, mas sim com as características da atividade econômica realizada (DERANI, 2008, p. 130).

No âmbito jurídico, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, constituindo um bem coletivo e difuso, essencial para a preservação da vida. Essa supremacia normativa se dá, justamente, em razão da proposta constitucional abarcar não apenas o bem ambiental, mas ainda a percepção de que é um valor crucial à qualidade de vida de todos, de forma que qualquer obstáculo à sua concretização deve ser afastado pelo Estado (LEITE, 2015, p. 55-56).

Na mesma esteira, é importante lembrar que ao falar em processos ecológicos essenciais e manejo ecológico, a Constituição Federal de 1988 apresenta uma visão global da natureza, conseqüentemente traz uma abordagem do conjunto e da indivisibilidade do bem ambiental (LEITE, 2015, p. 58). O Poder Público e a coletividade devem conjuntamente, portanto, preservar os recursos naturais, através do seu uso racional, empregando as melhores técnicas possíveis.

Destaca-se que a política ambiental deve vislumbrar as interligadas estruturas socioeconômicas, sem esquecer dos efeitos da produção sobre os seres humanos e a natureza. As políticas a serem implementadas devem ser guiadas e não perderem o foco da razão da produção, qual seja a existência dos seres humanos, a manutenção dos seus bens produtivos e a proteção da natureza (DERANI, 2008, p. 128).

Cumprir mencionar que o sistema de pagamento por serviços ambientais não merecem ser confundido com mera privatização, a qual prega a transferência das funções públicas para particulares. Dentro do PSA, então, deve restar claro os objetivos primordiais, relacionados à proteção ambiental, inclusive ressaltando os elementos sociais de cada contexto, tentando preservar as condutas coletivas e organizações sociais existentes (NUSDEO, 2012, p. 72). Percebe-se que esse respeito não ocorre na prática, o que problematiza profundamente a implementação do instrumento. Para o ordenamento jurídico é essencial manter a harmonia entre os atores sociais, assim o Direito deve estar em consonância com a realidade social para efetivamente cumprir o dever fundamental de salvaguarda do meio ambiente.

2.3. Críticas ao Pagamento por serviços ambientais

Apesar das vantagens apontadas, é crucial levantar as manifestações que discutem as limitações e inadequações do instituto. Inicialmente, critica-se o próprio nome atribuído. Lembrando todas as definições doutrinárias e a própria conceituação legal, tem-se que a palavra “pagamento” não é a mais adequada. O termo deveria denotar ao fato de que o instrumento não se constitui obrigatoriamente em um retorno monetário. Por este motivo, as palavras “cooperação”, “transferência de recursos” ou até “contraprestação” seriam mais acertadas.

Além disso, é importante salientar o fato de que a proteção ambiental é prevista na legislação brasileira, inclusive é mandamento constitucional. Deste modo, a ação a ser incentivada aos atores sociais no pagamento por serviços ambientais já é uma imposição legal.

Nesse momento, uma visão pragmática faz-se necessária, pois dentro do arcabouço normativo presente existem disposições que, embora tenham relevância, carecem de efetividade social. Para não discutir a ineficácia e reconhecendo a existência dos retrocessos do novo Código Florestal, é de conhecimento geral o baixo cumprimento da Lei n. 4.771, de 1965, no que tange as áreas protegidas.

A falha de eficácia social de uma norma não pode ser motivo de justificativa ou resposta às fragilidades do ordenamento jurídico. Nota-se, contudo, que o PSA levanta discussões profundas, até mesmo novas análises sobre o sistema de comando e controle, de forma que, dentro de um panorama de transição, ele serve de complementação. Nusdeo (2012, p. 73) ressalta que é comum em países como o Brasil que, enquanto a legislação inova e se aprimora no que tange a conservação ambiental, a mesma não encontra sucesso em seu cumprimento. A autora ensina que isso ocorre principalmente em razão da resistência dos grupos sociais a ela submetidos e pelo déficit para a escurreita fiscalização.

No que importa especificamente ao setor agrícola, é possível conhecer dentro da estrutura do PSA a vivência dos pequenos proprietários rurais e da agricultura familiar brasileira, que são a base da agroecologia. Em outras palavras, fica mais fácil denotar os desafios e limitações de renda que determinam um tratamento diferenciado em relação aos médios e grandes proprietários rurais, os quais são praticantes da agricultura tradicional (agronegócio). Olhando através desse viés, não é incoerente a existência de um instrumento de incentivo econômico a uma parcela da população que está em desvantagem e requer auxílio para enfrentar os custos de proteção ambiental (JODAS, 2015, p. 147). Cumpre mencionar que o ordenamento jurídico é essencial para manter a harmonia entre os atores sociais, assim o Direito deve estar em consonância com a realidade social para efetivamente cumprir o dever fundamental de salvaguarda do meio ambiente.

Outro ponto negativo do PSA é a ausência de uma norma federal que particularmente o regulamente. Talvez esse constitua o maior e mais grave problema, o qual potencializa os conflitos agrários. Essa falha gerou sistemas de PSA diversos entre si, sendo que, por vezes, alguns não refletem os fundamentos originários do instituto e se tornam distorcidos. Como consequência, tem-se uma sucessão de erros. Explica-se, quando um PSA é mal estruturado, fica fácil perder o foco de quais os

serviços ambientais ele está proposto a dar guarita. Isso produz efeito na percepção e eficácia dos objetivos e metas, bem como resultados (LAVRATTI; TEJEIRO; STANTON, 2014, p. 110).

Por fim, o PSA enfrenta críticas também por promover a mercantilização da natureza, pois ao conferir um valor econômico aos serviços ambientais estaria, na mesma medida, transformando o bem ambiental em mercadoria e o inserindo propriamente no meio capitalista. Altmann (2009, p. 29), todavia, afirma que tanto a alocação de direitos de propriedade e de mercantilização tem relação com a concepção de transações em mercados, sendo que os mercados constituem somente um dos modos de financiamento do PSA.

No mesmo sentido, Stanton (2015, p. 73) dispõe que o instituto de PSA versa sobre a concessão de um benefício que induz uma mudança de comportamento, gerando uma alteração de paradigma ao valorar não apenas aos recursos naturais como commodities, mas pelos serviços prestados. Conforme aponta a autora, e longe de esgotar-se a discussão, é imperioso que o debate sobre o PSA prossiga, inclusive para o aprimoramento do instrumento e para o exame necessário do modo que esse mercado deve operar. Destaca-se que o PSA é objeto de crítica, mas tem viés positivo também, assim, merece continuar sendo estudado, a despeito das fragilidades e limitações, que são reais.

Neste momento, cumpre dizer que o presente trabalho não percebe o atual prisma de pagamento por serviços ambientais como um sistema ideal. Longe disso, critica-se sim a ideia de que o mercado é capaz de se preocupar com a proteção do bem ambiental. Tal concepção é irreal. Ademais, ressalta-se que um instrumento que apenas se foque em pagar serviços da natureza não é capaz de ser satisfatório para conservá-la.

O pagamento por serviços ambientais deve ser fundamentado na visão de auxiliar quem se presta a cuidar do meio ambiente. A proteção da natureza, destaca-se mais uma vez, tem que ser o ponto chave. Assim, quer-se uma política que valorize os recursos naturais e que não meramente se preocupe com sua valorização.

2.4. O fomento da agroecologia e os conflitos dos agricultores na gestão da terra

Retoma-se, agora, a concepção de que a agricultura brasileira é totalmente atrelada à devastação do meio ambiente para a expansão das monoculturas dependentes de produtos transgênicos e agrotóxicos, a qual traz erosão, assoreamento hídrico, poluição do solo, das águas e plantas. Nesse contexto, a implementação do PSA, com o escopo de assegurar o disposto constitucional de proteção ambiental, se mostra uma alternativa viável para a difusão da agricultura que respeita a natureza, em desfavor do sistema de monoculturas (JODAS, PORTANOVA, 2014, p. 145).

O conflito ambiental ocorre vez que a equidade social impacta a questão alimentar, pois a renda está vinculada ao acesso aos alimentos que, por sua vez, gera disparidades na produção agroalimentar. O que preocupa mais, entretanto, é como o setor agrícola influencia a construção de equidade social. Ambos os pontos produzem efeitos mutuamente (equidade social – produção alimentar) e, mais, marcam o padrão de desenvolvimento do país. O contexto não precisa permanecer

o mesmo, pois, nas palavras de Renato Maluf (2009, p. 149), “a promoção de um sistema agroalimentar em bases equitativas e sustentáveis impacta, positivamente, o padrão de desenvolvimento econômico”.

Diante deste panorama, o conflito dos agricultores na gestão da terra não provém de apenas um desafio pontual. Em verdade, por meio da coexistência de problemas variados, as contendas surgem e se tornam mais complexos. De início, a visão que fragmenta a terra e as suas pessoas, ou seja, que separa o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito dos povos dá início à problemática. Por este motivo, Souza Filho (2011, p. 09) ensina que é imprescindível denotar a relação estreita e indissolúvel entre a natureza e a cultura, de modo que a convicção de que a sociodiversidade não sobrevive sem a biodiversidade deve ser o norte para solucionar os conflitos. A certeza da necessidade de superar os desafios do desenvolvimento econômico sem limites, com o fim de manter a sociodiversidade e a biodiversidade, encontra luz no socioambientalismo.

A modernidade capitalista não permite que a questão social seja centralizada, assim, ela permanece periférica, aparentemente fora da fronteira agrícola dos grandes latifúndios e isolada em espaços não totalmente abrangidos pelos mercados. É curioso como a aproximação desta fronteira agrícola cada vez mais capitalista, isto é, mais tecnológica e mais destruidora da natureza, não altera o pensamento dos grupos da terra. As comunidades tradicionais pensam, logo resistem. O capitalismo, mesmo que agrário, deliberadamente escolhe a exclusão e entrega os excluídos às atuais páldas e contraditórias políticas públicas dos Estados nacionais (SOUZA FILHO, 2011, p. 11). É crucial se repensar estas políticas públicas, para realmente celebrar as gentes que tem como estilo de vida o cuidado com os recursos naturais e, enfim, superar o pensamento dicotômico.

Percebe-se que a clara opção pela ausência de políticas públicas participativas significa a aniquilação destas pessoas. Enquanto se desassocia as comunidades tradicionais e a proteção ambiental no Direito, no viés econômico convencional, por sua vez, ambas as acepções são conectadas, como nocivas e inimigas do progresso (SOUZA FILHO, 2011, p. 11).

Outro ponto que se revela interessante são as especificidades destas gentes e a distribuição de resultados. Além disso, o fato dos agricultores da agroecologia permitirem a continuidade dos recursos naturais, através de suas ações que mantêm os serviços ambientais, mas não obterem incentivos substanciais para o prosseguimento das condutas constitui um grande conflito. Isto é aumentado quando se lembra dos benefícios conferidos aos produtores rurais que tem os agrotóxicos isentos de tributação. Como se verá adiante, a agroecologia é um sistema agrícola sustentável, porém não apresenta o mesmo nível imediato de retorno como a agricultura moderna proveniente da Revolução Verde. A ausência de fomento, portanto, compõe um conflito.

Ao se pensar em políticas para as comunidades tradicionais é imprescindível lembrar que estes têm relações sociais e econômicas profundamente diferentes da sociedade hegemônica (MAMED, 2014, p. 94). Solucionar os conflitos da produção agrícola é a base para o Estado atingir a tranquilidade social e o setor primário reclama por tratamento que dignifique seu papel. Desta maneira, as ações e

instrumentos de política agrícola devem ser vistas, analisadas e aplicadas sob a ótica da sua importância (PEREIRA, 2011, p. 81).

É preciso traçar os pontos cruciais do conjunto de questões cujo tratamento analítico se faz nos planos macro e microeconômico, ressaltando: a ideia de desenvolvimento econômico, vez que é dentro do seu âmbito que se pode notar a contribuição do enfrentamento da produção alimentar para melhoria da equidade social; os mercados de alimentos e os processos de formação dos preços devem dar evidência à participação dos agentes de pequeno e médio porte e; a regulação pública das atividades econômicas do sistema agroalimentar em particular (MALUF, 2009, p. 151).

O tema é deveras complexo, mas é possível enfatizar que a morte da terra, e, como consequência, da agricultura, pode ocorrer por dois modos. O primeiro é a exploração indevida e imprópria da terra, o que causa esterilidade e males que não mais a permitam produzir frutos. Pontua-se que tal hipótese acontece quando o Estado é incapaz ou irresponsável e não fomenta a proteção ambiental. É possível tecer relação com o predomínio dos grandes monocultivos tóxicos atuais que geram inúmeros danos ambientais e sociais.

O segundo aspecto inverte o pensamento e tem relação direta com as atividades empreendidas. Explica-se: a não implementação, por parte do Estado, de políticas agrícolas capazes de fomentar atividades sustentáveis causa conflitos (PEREIRA, 2011, p. 76). A agricultura sustentável precisa de incentivos e o enriquecimento do agrobusiness à custa do empobrecimento do meio ambiente e dos pequenos agricultores agroecológicos é uma ilusão que o tempo vai evidenciar.

O pagamento por serviços ambientais pode constituir uma promissora estratégia de política pública com vistas a fomentar a agroecologia, tornando-se, dessa maneira, um mecanismo salvaguarda das funções ecológicas, como dita a Constituição Federal de 1988. Os projetos de PSA podem exigir dos participantes a adoção de práticas de produção agrícola racional e que protejam efetivamente os serviços ecológicos (JODAS, PORTANOVA, 2014, p. 144).

Na esteira desse pensamento, Nusdeo (2012, p. 137) assevera que quem, na sua produção, tem como resultado externalidades positivas é merecedor de uma remuneração como modo de internalização. Ainda, os sistemas de PSA tem como consequência o estreitamento das relações entre as atividades humanas e o meio ambiente, sendo que seus aspectos positivos são diversos, com capacidade de beneficiar todos os segmentos da sociedade.

Destarte, a forma de agricultura que o PSA pode demandar é a agroecologia, a qual é importante, pois traz uma visão holística dos recursos naturais, aplicando os ensinamentos da ecologia para repensar os agroecossistemas. Nas palavras de Machado, Santilli e Magalhães (2008, p. 16) a agroecologia é “o estudo das funções e das interações do saber local, da biodiversidade funcional, dos recursos naturais e dos agroecossistemas”. Pontua-se que a agricultura familiar é a base da agroecologia.

Em sua perspectiva, o movimento agroecológico também é fonte de críticas, pois ainda está se solidificando enquanto ciência agrícola. Primeiramente, infere-se que a agroecologia se tornou um lugar comum na pesquisa e no ensino, por vezes

levanta mais problemas do que soluções. Além disso, ela requer mais mão-de-obra, seu manejo é complexo e a intensidade do cultivo é baixa (ALTIERI, ROSSET, THRUPP, 1998, p. 20). É interessante salientar que o sistema de certificação é difícil e não propagado, sendo que a fiscalização dos produtos agroecológicos é baixa, o que levanta suspeitas quanto a veracidade.

Sem esquecer que não é um ramo perfeito, a agroecologia apresenta melhores consequências na produção de alimentos, pois tem quatro grandes vantagens: a) sua estratégia alternativa se fundamenta em conhecimentos agrícolas locais, técnicas de adaptação, no manejo dos recursos, bem como a aplicação do conhecimento científico moderno sobre os recursos na agricultura; b) é capaz de restaurar terras que foram degradadas pelo sistema das monoculturas; c) os pequenos agricultores podem optar pelo uso sustentável da sua terra e manter a intensificação da produção em áreas marginais; d) valoriza os atuais recursos dos pequenos agricultores, de forma que abrange o conhecimento tradicional e o baixo custo de oportunidade de trabalho (ALTIERI, ROSSET, THRUPP, 1998, p. 02).

A agroecologia é responsável por realizar serviços ecológicos de profunda relevância. A falta de cobertura vegetal e de matéria orgânica nos solos afeta as plantas e todas as fontes hídricas, de forma que atua fortemente para o agravamento das secas e das inundações, resultantes das mudanças climáticas. É inegável que o modelo de desenvolvimento agrícola da agroecologia ajuda no combate da perda acelerada da biodiversidade, contaminação dos solos e das águas, desmatamentos e queimadas, êxodo das populações rurais e desestruturação de formas de produção locais (MACHADO, SANTILLI, MAGALHÃES, p. 14).

Assim, é possível perceber a estreita relação entre a produção resultante dos processos agroecológicos e os serviços ambientais necessários para a configuração de PSA. Para deixar claro, a agroecologia trabalha com várias frentes sustentáveis elencadas no rol exemplificativo de serviços ecológicos do Código Florestal relacionadas ao PSA, quais sejam: a conservação da biodiversidade (art. 41, I, “c”); proteção da água (art. 41, I, “d”), valorização cultural (art. 41, I, “f”) e conservação do solo (art. 41, I, “g”). Ainda, a preservação da diversidade é expressamente prevista na Constituição (art. 225, 1º, II), bem como a proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216), que abarca as variedades agrícolas e as práticas dos agricultores.

A valorização da biodiversidade aparece como um tema caro para a sociedade atual vez que sistemas, como a agroecologia e a agricultura familiar e tradicional, incorporam valores culturais, sociais e econômicos na promoção de manejo sustentável dos recursos naturais. A diversidade cultural é um elemento central para esses agricultores em seu modo de fazer. Por isso, é de real importância o fortalecimento de políticas públicas que objetivem a conservação e uso sustentável da agrobiodiversidade, que engloba o melhoramento participativo, celebra a agroecologia e dá subsistência para os pequenos agricultores (MACHADO, SANTILLI, MAGALHÃES, 2008, p. 90).

Por fim, destaca-se que o modelo da agricultura sustentável deve ser o caminho a ser trilhado na busca do desenvolvimento agrícola no Brasil. Uma alternativa é o uso da agroecologia, que é resultado de estudo dos processos

ecológicos e é um agente de mudança para a transformação social e ambiental sustentável. Há de se analisar, entretanto, que a produção agroecológica pode não trazer os mesmos retornos imediatos da agricultura convencional, o que dificulta sua implementação. O sistema de pagamento por serviços ambientais, portanto, vem justamente em benefício daqueles que se utilizam de técnicas ambientalmente corretas, é um importante instrumento jurídico-econômico para um novo caminho na produção agrícola.

Destaca-se que a política ambiental deve vislumbrar as interligadas estruturas socioeconômicas, sem esquecer dos efeitos da produção sobre os seres humanos e a natureza. As políticas a serem implementadas devem ser guiadas e não perderem o foco da razão da produção, qual seja a existência dos seres humanos, a manutenção dos seus bens produtivos e a proteção da natureza (DERANI, 2008, p. 128).

3. O PARADOXO DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS NA AGROECOLOGIA

O paradoxo do pagamento por serviços ambientais constitui-se na medida em que o instrumento é aplicado com o objetivo de solucionar os conflitos ambientais dos agricultores, contudo, ele acaba por potencializá-los, principalmente, pela ausência de participação e por sua remuneração ser irrisória.

No que tange o PSA ser uma transação voluntária, Stanton (2015, p. 53) assevera que é crucial que os atores sociais comprometam-se com o sistema do pagamento por serviços ambientais por perceberem a vantagem em seu cumprimento, e não porque é obrigatório ou mandatário pela lei. Aliás, a autora explica que a partir da adoção da ação prevista na lei o titular faz jus ao recebimento da contraprestação, de forma que surge uma relação jurídica contratual que possui cláusulas pré-estabelecidas. Uma parcela das cláusulas, todavia, é passível de negociação, o que salienta a flexibilização do instrumento. Não por outro motivo há críticas, vez que a flexibilização pode deixar o órgão ambiental e os pequenos agricultores vulneráveis em relação às pressões do mercado.

O debate acerca da equidade e eficiência como critério de remuneração se revela interessante. Nusdeo (2012, p. 85) afirma que os temas podem coexistir em algumas situações. Neste sentido, a retribuição que dê primazia para a maior eficiência no fornecimento do serviço pode exibir potencial equitativo por meio do compromisso com o acesso a grupos mais vulneráveis da sociedade.

Ao analisar a experiência brasileira como o PSA Bolsa Floresta, no estado do Amazonas, Nusdeo (2012, p. 150) acrescenta que é salutar preservar a organização social existente, capacitando espaços públicos de decisão e planejamento associativo entre a comunidade de vendedores e do Governo.

Voltando a crítica, Mamed (2014, p. 103) afirma que o problema é que o valor estabelecido como compensação é inadequado, quando considerado o montante gasto e as atividades que não podem ser realizadas por causa das obrigações assumidas na PSA. Além disso, normalmente as comunidades não são consultadas, de modo que não há nenhuma participação na tomada de decisão sobre os recursos

envolvidos. Como resultado, situações difíceis ocorreram, como o envio de insumos agrícolas, sem o envolvimento da comunidade, que não gerou os retornos esperados.

As políticas econômicas ambientais devem respeitar profundamente a observância de garantia de direitos sem permitir o cerceamento de outros. Tendo em vista a sua abrangência, essas políticas têm que ser executadas dentro da legalidade, da informação e da participação popular, especialmente cuidando dos maiores afetados que se tornam os mais vulneráveis, como as populações tradicionais (MAMED, 2014, p. 101).

Nusdeo (2012, p. 71) acredita que, no diz respeito às políticas públicas, a eficácia social é a base elementar. Por esta razão, a implementação de instrumentos econômicos na política pública só faz sentido se for capaz de gerar os efeitos econômicos, sociais ou ambientais desejados. O diálogo com o público afetado é crucial.

Enquanto os produtores dos serviços ambientais não participarem ativamente da formulação e aplicação do sistema de pagamento por serviços ambientais, este incentivo continuará sendo problemático. Não é difícil examinar que o PSA quer solucionar o conflito de quem cuida do meio ambiente, mas ao fazê-lo através das premissas do capitalismo predatório, acaba causando mais conflitos, mais complexos.

É preciso ouvir àqueles que serão os receptores dos estímulos e perceber que muitas das vezes a remuneração monetária não é o que eles querem, por diversos motivos, inclusive porque os processos ambientais permanecem sendo bens de pouca relevância na lógica do mercado. O legislador e o Poder Público em todas as duas facetas, portanto, precisam entender que ao invés de “pagar” pelos serviços, devem “cooperar” com quem os presta. E esta cooperação merece ser objeto de discussão entre todas as partes.

Por fim, a estrutura de pagamento por serviços ambientais pode até ser bem intencionada ao visar sanar o conflito de quem protege o bem ambiental e não é estimulado, sendo, até mesmo, desestimulado, quando se pensa no poder do agronegócio tóxico. Inserir os benefícios da agroecologia, contudo, na visão do mercado sem maiores cuidados, sem entender que são duas acepções distintas da natureza, traz mais problemas. A coroa do conflito é, certamente, a ausência da participação dos agricultores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do prisma da agricultura moderna e a degradação ambiental atrelada, diferentes ramos organizadores da sociedade buscam sanar o problema. O Direito e a Economia, desta maneira, atuam em conjunto com vistas a trilhar um caminho mais sustentável. A Economia Ecológica aparece como um campo transdisciplinar que evidencia a necessidade da abordagem concomitante entre estas diversas formas de saber.

O pagamento por serviços ambientais é um instrumento econômico, regulamentado pelo Direito, para cooperar com aqueles que promovam a manutenção, incremento ou melhoramento dos recursos naturais e dos serviços

ambientais. O sistema é traçado, em linhas gerais, no Código Florestal e já vem sendo implementado. Ao analisar o rol exemplificativo de serviços ambientais do PSA, identifica-se que muitos deles são gerados pela agroecologia, como a conservação do solo e a valorização do conhecimento tradicional. A utilização do PSA para o fomento da agroecologia, portanto, é viável, mas é importante a compreensão das atuais falhas do sistema para, então, ele ser bem sucedido.

Olhando para o futuro, a sistemática de uma legislação específica sobre PSA é um mecanismo jurídico a ser considerado, pois ele pode vir a ser muito positivo. A maneira como é atualmente aplicado, todavia, não é o caminho a ser seguido. É possível e é imprescindível o aprimoramento do sistema. O projeto de lei de PSA, embora confira prioridade aos pequenos produtores familiares, como deveria, não menciona a importância de ouvi-los e garantir a participação de todos. Se o Poder Público objetiva continuar utilizando o pagamento por serviços ambientais para a agroecologia, é crucial que a lei federal que irá regulamentar o sistema estabeleça os critérios e, de fato, vá além do mero pagamento.

Neste contexto, uma lei federal deve ser cuidadosamente planejada, assim, a participação de todas as partes envolvidas (produtores dos serviços ambientais, ambientalistas, movimentos sociais ligados e Administração Pública) é a chave para tornar este instrumento mais bem sucedido. Além disso, quando aplicado, este instrumento tem de ser compatível com as características específicas de cada região, devido à produção alimentar diversificada do Brasil e tradições culturais.

É necessária uma lei PSA que firmemente incentive os provedores de serviços ambientais da agroecologia, garantindo a utilização ambientalmente correta da terra e, mais importante, a proteção da natureza. Sem esquecer as limitações, entende-se que a PSA é um instrumento econômico importante que permite a proteção da natureza, desde que usado adequadamente, sem desperdício de recursos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Editora Abril, 2012.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2014.

ALTIERI, Miguel; ROSSET, Peter; THRUPP, Lori Ann. **The potential of Agroecology to combat hunger in the developing world**. Policy Brief n. 2. Oakland: Food First, 1998.

ALTMANN, Alexandre, **Instrumentos Econômicos**. In: SANTON, Márcia (Org). Manual de Apoio à Atuação do Ministério Público: Pagamento por Serviços Ambientais. 1 ed. Porto Alegre: Adnrefc.com Assessoria e Consultoria em Projetos, 2015. p. 27-49.

ALTMANN, Alexandre. **Desenvolvimento sustentável e pagamento por serviços ambientais**. IN: RECH, Adir; ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços

ambientais. Imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e a restauração das matas ciliares. Caxias do Sul: Educs, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de Teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL, **Lei 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRANDENBURG, Alfio; ISAGUIRRE, Katya. **Ruralidade, cidadania e meio ambiente: A contribuição da agroecologia para a sustentabilidade socioambiental**. In: BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA, Elisabete; MIRANDA, Alcir Gursen de. **A Lei Agrária Nova**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 101-134.

CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. **Desafios para a concretização da Agricultura Sustentável no Brasil**: Uma contribuição do Direito para a regulação dos agrotóxicos. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JODAS, Natalia. **Entre o Direito e a Economia**: Pagamento por Serviços Ambientais no âmbito do Projeto “Conservador das Águas” (Extrema/MG). 2015. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

JODAS, Natalia; PORTANOVA, Rogério da Silva. Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) e Agroecologia: Uma abordagem crítica à agricultura moderna. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 3, p.129-152, set/dez 2014.

LAVRATTI, Paula; TEJEIRO, Guillermo; STANTON, Márcia. **Sistemas Estaduais de Pagamento por Serviços Ambientais**: Diagnósticos, lições aprendidas e desafios para a futura legislação. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, BELCHIOR, Germana Parente Neiva; FERREIRA, Helene Sivini. Direito e política constitucional ambiental. IN: LEITE, José Rubens Morato (Org). **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49-87.

MACHADO, Altair Toledo; SANTILLI, Juliana; MAGALHÃES, Rogério. **A agrobiodiversidade com enfoque agroecológico: implicações conceituais e jurídicas**. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2008.

MARTINS, Giorgia Sena. **Norma ambiental: complexidade e concretização**. 2013. 411p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 31.

MALUF, Renato S. Políticas agrícolas e de desenvolvimento rural e a segurança alimentar. In: LEITE, Sérgio (Org.). **Políticas Públicas e Agricultura no Brasil**. 2 ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

MAMED, Danielle de Ouro. Políticas de mitigação da mudança climática pelo desmatamento evitado: a experiência do programa Bolsa Floresta na Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Juma. In: LAVRATTI, Paula; TEJEIRO, Guillermo (Orgs.). **Pagamento por Serviços Ambientais: experiências locais e latino-americanas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014. p. 87-110.

MOREIRA, Eliane. Mudanças climáticas: a nova fronteira de exclusão dos povos tradicionais? In: BENJAMIN, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEY, Eladio e CAPPELI, Silvia. **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. v.1. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2010.

MOTTA, Ronaldo S. Da. **Instrumentos econômicos e política ambiental**. Revista de Direito Ambiental, n. 20, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamento por Serviços Ambientais: Sustentabilidade e Disciplina Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Agricultura e Estado: Uma visão constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. **A defesa do meio ambiente na ordem econômica constitucional brasileira: o direito por uma economia ecológica**. 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais**. 1 ed. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

STANTON, Márcia. Pagamento por Serviços Ambientais. In: ALTMANN, Alexandre; SOUZA, Luiz Fernando de; STANTON, Márcia. **Manual de apoio à atuação do Ministério Público: Pagamento por Serviços Ambientais**. 1 ed. Porto Alegre: Andrefc.com Assessoria e Consultoria em Projetos, 2015.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Editora Senac, 2010.

WUNDER, Sven. Revisiting the concept of payments for environmental services. **Ecological Economics**. V. 117, 2015. p. 234-243.

Artigo recebido em: 27/03/2017

Artigo aceito em: 27/04/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

**4. CRISE AMBIENTAL E A PROPOSTA DO DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL: LIMITAÇÕES E INFLUÊNCIAS NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS AMBIENTAIS BRASILEIRAS**

**4. ENVIRONMENTAL CRISIS AND THE PROPOSAL FOR SUSTAINABLE
DEVELOPMENT: LIMITATIONS AND INFLUENCES ON BRAZILIAN
ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES**

Danielle de Ouro Mamed¹

¹ Professora em Estágio de Pós-Doutorado no Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado (Canoinhas-SC) com bolsa CAPES. Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (Manaus-AM), Brasil.
E-mail: mamed.danielle@gmail.com.

Como citar este artigo:

MAMED, Danielle de Ouro. **Crise ambiental e a proposta do desenvolvimento sustentável: limitações e influências nas políticas públicas ambientais brasileiras**. Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul. 2017; v. 1 (1): 74-92.

RESUMO

Trata o presente trabalho de uma abordagem interdisciplinar a respeito da construção e críticas em torno do conceito de desenvolvimento sustentável e suas contribuições para a constituição das políticas públicas ambientais brasileiras. Para tanto, procedeu-se ao levantamento das principais críticas relacionadas ao tema, buscando-se sempre destacar os aspectos que poderiam contribuir para a concretização e remodelação das políticas públicas ambientais no Brasil. No seu decorrer será possível notar o que impulsionou a criação do conceito, notadamente, a franca crise socioambiental trazida pelo sistema econômico vigente. Diante da busca por alternativas possíveis, então, foi desenvolvido o conceito em âmbito internacional, sendo prontamente incorporado às normas nacionais. Serão destacadas, ainda, algumas frequentes limitações do termo, apontando-se o caminho para a sua superação. Assim, considerando as críticas e demandas observadas, demonstrar-se-á como o princípio do desenvolvimento sustentável foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro e como as críticas em torno deste devem ser apropriadas para que seja possível reavaliar e readaptar as políticas ambientais, no que couber.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Desenvolvimento Sustentável. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The present work deals with an interdisciplinary approach regarding the construction and the criticism surrounding the concept of sustainable development and its contributions to the constitution of Brazilian public environmental policies. Therefore, it proceeds to a survey of the main criticisms related to the theme, always seeking to highlight the aspects that could contribute to the concretization and remodeling of public environmental policies in Brazil. In its course will be possible to note what boosted the creation of the concept, notably, the frank socio-environmental crisis brought by the current economic system. On the search for alternatives, then, the concept was developed at the international level, being readily incorporated into national standards. It will also highlight some frequent limitations of the term, pointing the way to overcoming it. Thereby, considering the criticisms and demands observed, it will demonstrate how the principle of sustainable development was incorporated into the Brazilian legal system and how the criticism surrounding it should be appropriate, so it can re-evaluate and readapt environmental policies, as far as possible.

Keywords: Environmental Law. Sustainable Development. Public Policies.

INTRODUÇÃO

As ameaças trazidas por um modo de vida insustentável trouxeram à humanidade uma série de preocupações que remeteram à conclusão de que paradigmas

básicos ostentados pelas sociedades deveriam ser modificados. As profundas alterações no meio ambiente degradaram a qualidade de vida das pessoas uma vez que a economia de mercado passou a possuir mais destaque do que a própria condição humana.

Diante de desafios como o depauperamento dos recursos naturais de modo geral, mudança climática, manipulação genética, revolução verde, ameaças nucleares e etc., frente à manutenção de um crescimento econômico exigido pelo sistema econômico, pensou-se no estabelecimento da noção de desenvolvimento sustentável, que perpassaria a crise socioambiental e as necessidades econômicas.

No entanto, desde a formulação do conceito até o presente momento, tem havido profundas críticas quanto ao seu conteúdo, uma vez que resulta difícil coadunar as ideias diante da dicotomia entre antropocêntrico e “ecocêntrico”.

O presente artigo traz algumas das críticas ao conceito e demonstra como este vem sendo aplicado na elaboração de políticas públicas no Brasil. Em suma, o objetivo central do trabalho é demonstrar de que modo cada crítica tecida ao desenvolvimento sustentável pode contribuir com a elaboração das políticas públicas desenvolvidas visando a proteção do meio ambiente em face da necessidade de desenvolvimento. No decorrer do texto, ainda, será possível observar alguns exemplos de como a legislação brasileira incorporou a ideia de desenvolvimento sustentável às políticas públicas nacionais por meio da legislação.

Ao final, pretende-se demonstrar como a formulação do conceito e a atenção as suas críticas são fundamentais para o constante aperfeiçoamento das políticas ambientais do Estado.

1. CRISE DO MEIO AMBIENTE E INJUSTIÇA AMBIENTAL: DA CRITICIDADE À CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS

Primeiramente, a fim de entender o contexto através do qual foram construídos os conceitos de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade, é necessário discorrer sobre os problemas que trouxeram a demanda por novas formas de relação entre ser humano e meio ambiente, a saber, a crise do meio ambiente.

É correto afirmar que desde os primórdios da civilização o ser humano depende quase que exclusivamente da biomassa para sua subsistência (alimentos, combustíveis, fibras para vestimentas, madeiras para construção ou plantas curativas, por exemplo) [FONSECA, 2011, p. 425]. Portanto, o que há que ser analisado na crise do meio ambiente é o nível de interferência das atividades humanas para com o meio como fator fundamental para desencadear de uma situação ambiental insustentável:

“O poder que o ser humano adquiriu de transformar o meio ambiente, notadamente, a partir da Revolução Industrial, resultou em uma multiplicação e diversificação da poluição ambiental. A isso se acoplaram o crescimento da densidade populacional com um consumo desenfreado dos recursos naturais e novas tecnologias. A prioridade foi dada ao lucro, à eficácia econômica e ao crescimento quantitativo como também à exploração dos recursos naturais e dominação da natureza. A degradação ambiental ultrapassou fronteiras e passou a colocar em risco a própria sobrevivência das gerações presentes e futuras” (SILVA 2009, p. 12).

Portanto, nota-se um considerável aumento na capacidade do ser humano de transformar o meio ambiente a partir da Revolução Industrial e das novas tecnologias, que trouxeram alterações ao status anterior da natureza.

Ozório Fonseca (2011) explica a questão ambiental atual (quadro de crise) a partir da ideia de desequilíbrio ecológico. Partindo do conceito de Eugene Odum sobre equilíbrio na ecologia, o autor demonstra que o estado de equilíbrio ambiental resulta da compensação das variações resultantes dos fatores externos de forma a conservar as propriedades e funções naturais (FONSECA, 2011, p. 387).

Portanto, a formulação teórica do equilíbrio natural pressupõe a reposição e reutilização dos recursos pelos organismos do sistema por meio de um ciclo de nutrientes alimentados por um fluxo energético (FONSECA, 2011, p. 388), ou seja, os níveis de Produção, Consumo e Decomposição mostram-se proporcionais, atingindo um estado de homeostase, que corresponderia à “manutenção de um estado de equilíbrio por alguma capacidade de autorregulação” (NEVES, 2002, p. 76). O modelo de sistema de equilíbrio, no entanto, mostra-se diferente nos distintos sistemas (naturais, urbanos e agrícolas), de modo que o estado ideal em cada um deles segue a lógica seguinte (FONSECA, 2011, p. 386):

$$\begin{aligned} &\text{Nos sistemas naturais: } P > C \approx D \\ &\text{Nos sistemas urbanos: } P = 0; C_{\text{máx}}; D = 0 \\ &\text{Nos sistemas agrícolas: } P_{\text{máx}}; C = 0; D = 0 \\ &*P = \text{Produtor; } C = \text{Consumidor e } D = \text{Decompositor} \end{aligned}$$

Portanto, resulta incoerente falar em “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (como defende a Constituição Federal Brasileira de 1988) já que é impossível estabelecer o conceito de equilíbrio ecológico dos sistemas naturais onde é inserido o ser humano, pois o conceito de ecossistema pressupõe um ecossistema natural (FONSECA, 2011, p. 386).

Assim, do ponto de vista da ecologia, o desequilíbrio é focado para situações nas quais os ciclos naturais sofrem alterações substanciais. Já no caso de outros conceitos a crise ambiental focará somente em uma das consequências do desequilíbrio: a escassez de recursos naturais para atendimento das necessidades humanas, numa visão essencialmente antropocêntrica.

A título de definição, nesse sentido, pode-se entender por crise ambiental a escassez dos recursos naturais e as diversas catástrofes planetárias, surgidas a partir das ações degradantes do homem sobre a natureza (CARVALHO, 2000, p. 202). Segundo esta ótica, portanto, de igual forma destaca-se o rol de consequências mais diretas para a humanidade, conforme a definição de degradação ambiental dada pela Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente do Rio de Janeiro:

“Degradação ambiental: Termo usado para qualificar os processos resultantes dos danos ao ambiente, pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades, tais como a qualidade ou a capacidade produtiva dos recursos ambientais” (FEEMA, 1999, p. 68).

Portanto, note-se a vinculação da degradação com a disponibilidade de recursos naturais, entendidos como aqueles cuja atuação humana pode incidir.

Já em uma abordagem mais holística, é possível encontrar concepções que defendem um caráter mais abrangente para a crise ambiental. Nesse sentido, Henrique Leff demonstra que a crise apresentada, também, é uma crise do conhecimento, envolvendo não só a destruição da natureza, mas também a tensão da relação do ser humano consigo mesmo, evidenciando a apropriação da natureza como estratégia de poder para dominação de outros seres humanos (LEFF, 2008, p. 18).

No mesmo sentido aponta François Ost, que considera tal crise como a crise do vínculo e do limite, onde o ser humano já ignora o fato de pertencer à natureza, não considerando os vínculos que com ela mantém e os limites necessários à sua atuação transformadora (OST, 1995, p. 9).

Desta forma, partindo do pressuposto de que há uma crise do meio ambiente, tem-se algumas teorias que buscam explicar sua raiz e/ou fazer proposições a respeito do futuro. Uma das teorias utilizadas para explicar a crise foi formulada pelo alemão Ulrich Beck e se denomina como a teoria da Sociedade do Risco, explicando a crise do meio ambiente como resultado de uma franca reconfiguração da sociedade, que apresenta novas contingências, complexidades e incertezas (BECK, 2002, p. 1).

A sociedade do risco, nesse sentido, estaria inserida no contexto da Segunda Modernidade, que seria o período posterior à Primeira Modernidade, que foi marcada pela Revolução Industrial, bem como as transformações sociais que pressupunha. Na primeira modernidade, mudou-se o paradigma das relações de produção da sociedade. Na Segunda Modernidade, por sua vez, a sociedade colheria os frutos consequentes do período anterior. Em termos práticos, o que ocorreu foi que em nome da eficiência e da tecnologia, a sociedade passou a assumir o risco causado por suas atividades, incluindo-se, entre os riscos, questão da crise ecológica (BECK, 2002, p. 1-7).

Como exemplos práticos de riscos trazidos pela modernidade é possível citar alguns processos como, por exemplo, a Revolução Verde; a Questão Nuclear; a contaminação das águas e do solo, insegurança alimentar e a mudança climática.

No entanto, para focar o presente estudo, pretende-se destacar um dos aspectos mais problemáticos a respeito da Sociedade de Risco de modo geral, notadamente, os riscos de cunho socioambiental. A sociedade do risco global abre o discurso sobre a crise ecológica, alertando sobre seus globais, locais e pessoais a um só tempo (BECK, 2002, p. 7).

A globalidade do risco, no entanto, não significa uma igualdade global do risco, mas significa que a degradação ambiental vai se alastrando pelos biomas, de modo que aqueles que dispõem de menos recursos de adaptação e mitigação (população mais pobre) acabam por arcar com o ônus da crise ambiental de forma muito mais intensa do que classes economicamente superiores. Além da segregação espacial da poluição, políticas de mercado deslocam para os países pobres as indústrias mais contaminadoras (BECK, 2002, p. 8). A situação significa que a poluição vai para o pobre, caracterizando, ainda a injustiça ambiental (ACSELRAD, 2009).

Neste ponto, portanto, reside o primeiro aspecto que deve ser considerado na elaboração e implementação de políticas públicas ambientais: a verificação a respeito do destino de tais políticas, a consideração sobre quem suportará as externalidades dos danos ambientais e a devida reparação a estes atores sociais, a fim tratar as crises do meio ambiente, sem que estas ocasionem prejuízos aos setores sociais

mais vulneráveis, a quem, historicamente, se impõem as intempéries da degradação ambiental.

2. A APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM AS QUESTÕES ECONÔMICAS E A PREPONDERÂNCIA DA QUALIDADE DO MEIO AMBIENTE

Como a fonte e a abrangência da crise ambiental indicam, a grande questão perpassa de forma intrínseca a variável econômica, uma vez que é o modo de produção da sociedade para o atendimento de suas necessidades, a raiz dos problemas enfrentados.

José Eli da Veiga, sobre as atividades econômicas, argumenta que não se sabe em qual momento, a humanidade passou a favorecer a criação de técnicas e não de valores substantivos que deveriam nortear tais atividades (VEIGA, 2010, p. 31). Assim, a resposta para a crise residiria no resgate da ética econômica que sirva de base para conduta humana, visando seu próprio bem-estar e continuidade dos elementos naturais.

Sen (1999), na obra “Sobre ética e economia”, demonstra, ainda, a origem desse distanciamento, argumentando que a economia possui duas linhas de origem. A primeira relaciona-se, na visão do autor, à ética e à sua visão pela política, indicando como ordem de suas tarefas precípua as necessidades humanas e seu bem-estar. A segunda, por sua vez, o autor atribui um caráter mais voltado ao que chamou de questões de “engenharia”, ou seja, aquela ocupada, predominantemente, com questões logísticas em vez dos fins supremos e de questões relacionadas ao “bem para o homem” ou “como devemos viver” (SEN, 1999, p.20). Assim, Sen (1999, p.9) explica que a economia logística influenciou bastante a economia do bem-estar, mas que a economia do bem-estar praticamente não influenciou a economia logística, o que ocasionou uma perda significativa do viés ético das relações econômicas.

A este respeito, Eugene Odum (1988, p. 347) argumenta em torno das razões que consistem nos principais obstáculos para a realização de uma economia que englobe a totalidade de questões envolvidas: para o ecologista, estas razões envolvem as políticas e teorias econômicas excessivamente restritas que dominam a política mundial, argumentando que pouco se dá atenção à economia como um todo dinâmico em funcionamento, já que se concentra em partes desvinculadas do todo, seguindo um paradigma totalmente mecanicista que não pode responder às demandas do mundo real. Para o autor:

“Quando o “estudo da casa” (Ecologia) e a “Administração da casa” (Economia) puderem fundir-se, e quando a ética puder ser estendida para incluir o ambiente, além dos valores humanos, então poderemos realmente ser otimistas em relação ao futuro da humanidade” (ODUM, 1988, p. 347).

Portanto, como é possível perceber, a vinculação do problema ambiental às questões econômicas (seja por argumentos da economia, como por argumentos da ecologia) passa pela visão restrita e não sistêmica das relações entre ser humano e natureza. Tal constatação, portanto, leva à consideração de que as políticas econômicas devem estar voltadas ao bem-estar humano e não a serviço dos interesses econômicos. As políticas econômicas que possuam consequências socioambientais

devem preconizar o nível máximo de equilíbrio ambiental, como condição para a manutenção da saúde do ambiente (viés ecocêntrico), bem como para a saúde e bem-estar humanos (viés antropocêntrico). Nota-se, ainda, a importância da não adoção de posturas extremas, mas que simplesmente estejam voltadas à manutenção das condições ideais para a continuidade das funções ambientais.

3. A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A noção de sustentabilidade, segundo Elimar Nascimento (2012, p. 51), possui duas origens: A primeira estaria relacionada à biologia e à ecologia, tratando-se da capacidade de recuperação e reprodução dos ecossistemas (resiliência) em face das ações abusivas do ser humano. Já a segunda origem estaria relacionada com a economia, como adjetivo à noção de desenvolvimento, em resposta aos problemas ocasionados pelo modo de produção e consumo ostentado pela sociedade.

O fato é que as percepções sobre a crise envolvendo meio ambiente juntaram-se às discussões internacionais que buscavam as respostas necessárias, agregando-se, assim, a ideia de sustentabilidade ao ideal de desenvolvimento, até então propalado como a única resposta aos problemas sociais enfrentados pela humanidade. Assim, as preocupações com a crise ambiental a nível mundial ganharam enfoque a partir da década de 70, devido à preocupação de grande parte dos países com a possibilidade concreta de um colapso nos ecossistemas naturais, em face do uso incontrolável e depredatório dos recursos naturais por parte dos seres humanos. A partir de então, foram gerados diversos instrumentos de caráter supranacional, como as Declarações, Tratados, Protocolos, etc. (DUARTE, 2003, p.15).

A história recente da ideia de desenvolvimento sustentável remete justamente à década de 1950, quando se tem pela primeira vez a discussão a respeito de um risco ambiental de proporções globais por conta da poluição nuclear, conforme demonstrado anteriormente, seguindo-se das preocupações trazidas por conta do uso de pesticidas na produção de alimentos, deflagradas pela chamada Revolução Verde (NASCIMENTO, 2012, p. 52).

Neste contexto, tem papel fundamental a publicação, em 1962, da obra de Rachel Carson *Silent Spring* (Primavera Silenciosa), na qual a autora discorreu sobre os efeitos nocivos do uso de pesticidas para plantas, animais e para a saúde humana. Neste contexto, também foram difundidas as ideias de Thomas Malthus sobre o inchaço populacional em face da produção de alimentos no mundo e a obra *The tragedy of commons* versando sobre a tragédia das áreas comuns (SILVA, 2009, p. 12).

Nesta onda de lançamentos de obras sobre a questão ambiental, lançou-se o termo *ecodesenvolvimento*, em 1973, por Maurice Strong, diretor executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, durante a primeira reunião do Conselho Administrativo em Genebra, definindo um estilo de desenvolvimento mais afeito às áreas rurais do terceiro mundo – entendidos como países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos (SILVA, 2009, p. 102).

Note-se que a formulação do conceito por Strong, em 1973, ocorreu logo em seguida a um importante evento ocorrido em Estocolmo, em 1972, na Conferência

das Nações Unidas sobre Meio Ambiente.

A reunião de Estocolmo, por sua vez, se realiza em meio aos impactos provocados pela publicação do Relatório do Clube de Roma, denominado “Limites do Crescimento”, que propunha como alternativa a desaceleração do desenvolvimento industrial dos países desenvolvidos e do crescimento populacional, nos países subdesenvolvidos (NASCIMENTO, 2012, p. 53), numa visão um tanto reducionista do problema, porém, com a vantagem de haver chamado a atenção da sociedade para a questão ambiental.

Na mesma época, de acordo com Nascimento, desenvolveram-se, ainda, dois trabalhos que reforçaram a discussão de forma bastante substancial.

O primeiro remete ao trabalho de Nicholas Georgescu-Roegen, que relaciona a economia com a ecologia, de modo que a economia interage com a natureza em seu processo de transformação, segundo as leis da termodinâmica, especialmente a primeira e a segunda (NASCIMENTO, 2012, p. 54).

A primeira lei da termodinâmica estabelece que matéria e energia não podem ser criadas ou destruídas, havendo somente uma transformação quando os elementos naturais interagem entre si. À primeira vista, ao considerar esta lei há a possibilidade de que a ideia da sustentabilidade de Planeta seja vista como ilimitada, pois os sistemas naturais poderiam sempre transformar seus elementos, retirando-os e reabsorvendo-os de forma equilibrada. No entanto, para o entendimento sistêmico desta lei deve-se considerar também a segunda lei da termodinâmica (MOTA, 2001, p. 19), além da capacidade de suporte e de resiliência da natureza.

Deste modo, a segunda lei da termodinâmica determina que, apesar do fato de que matéria e energia não podem ser criadas nem destruídas, a capacidade inerente à natureza para transformar esses dois elementos não é ilimitada (THOMAS e CALLAN, 2010, p. 17). Este pressuposto explica a incapacidade da natureza de absorver todas as transformações realizadas pelo ser humano de forma artificial e leva à compreensão de que a ação antrópica sobre o meio ambiente deve observar este limite como condição inafastável à continuidade dos recursos naturais.

Outra categoria a ser considerada quanto ao tema da questão ambiental é o conceito de capacidade de suporte, voltado a determinar o grau de interferência humana que um ambiente natural seja capaz de suportar, garantindo sua sustentabilidade. Por sua vez, a ideia de resiliência (MOTA, 2001, p. 43) seria referente à capacidade para que o sistema se recomponha de ações degradantes.

O segundo trabalho importante citado por Nascimento é o de Arne Naess (1973), conhecido por fundamentar ideias de ecologia mais radical, uma vez que o autor distingue a ecologia superficial (voltada à resolução de problemas de poluição nos países desenvolvidos) da ecologia profunda (voltada aos problemas ecológicos nas diversas sociedades do mundo) [NASCIMENTO, 2012, p. 54].

Portanto, mostra-se que a maior contribuição de todos estes movimentos históricos reside na demonstração das consequências de um modo de produção que se mostrou essencialmente insustentável, de modo que as externalidades provocadas pelo sistema econômico resultaram em malefícios para a humanidade, contrariando a razão de existir do próprio sistema: a provisão das necessidades dos seres humanos.

As negativas ocasionadas, portanto, acabaram por fazer despertar

na humanidade a consciência de que é necessário construir pactos que visem uma gestão mais adequada dos recursos naturais, sem que sejam desconsideradas as necessidades humanas. É neste contexto que nascem as ideias de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, paradigma que passa a ser exigido diametralmente como pressuposto básico para as políticas de cunho socioambiental.

Após aproximadamente 10 anos depois da Conferência de Estocolmo, como constatação de seus resultados, chegou-se à conclusão de que estariam muito aquém do desejado, fato que levou à conclamação da Conferência da ONU de 1984 (NASCIMENTO, 2012, p. 54) criando-se, na oportunidade, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que resultou, em 1987, na publicação do Relatório Brundtland, também conhecido como “Nosso Futuro Comum”.

Foi neste relatório, então, que surgiu uma definição para a expressão “desenvolvimento sustentável”, que corresponderia ao desenvolvimento que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46).

Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável figurou como uma medida inicial adotada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente visando institucionalizar a questão ambiental, além de implementá-lo como objetivo primordial da agenda política internacional (SILVA, 2009, p. 103).

Este mesmo entendimento foi ratificado na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente de 1992 (Rio 92), quando se mostram ainda mais patentes os problemas geopolíticos (contradições entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos) gerados pela questão ambiental. Nesse sentido, não é exagero afirmar que a expressão desenvolvimento sustentável acabou por consolidar-se em âmbito internacional, pela via das Conferências das Nações Unidas, vindo, posteriormente, a ser incorporadas nas legislações dos países que dela fizeram parte.

Apesar de consolidada no âmbito internacional, a expressão “desenvolvimento sustentável” ainda carece de discussões conceituais mais aprofundadas, a fim de tornar possível a sua aplicação no campo prático.

A partir, portanto, das discussões internacionais, notam-se contribuições de diversos autores a respeito do novo conceito. Dentre tais contribuições, no entanto, destacam-se as ideias de Ignacy Sachs (2004) sobre a possibilidade de um desenvolvimento sustentável, coerente e includente. O autor diverge da clássica ideia tripartite do desenvolvimento sustentável (social, econômico e ambiental, para defender um modelo de desenvolvimento pautado em cinco pilares: a) social; b) ambiental; c) territorial; d) econômico e e) político. Para o autor, a dimensão social deve servir a evitar o desmoroamento social que ameaça os lugares mais problemáticos do planeta; a dimensão ambiental deveria ser levada em conta tendo em vista que o meio ambiente representa muito mais do que provisão de recursos e disposição de resíduos; por sua vez, a questão territorial se apresenta tendo em vista a problemática da distribuição espacial dos recursos, relacionada diretamente à questão das terras; o viés econômico, seria justificado simplesmente por ser condição básica para que as coisas aconteçam e o político, finalmente, corresponderia à preocupação em que seja

estabelecida uma governança democrática da vida em sociedade (SACHS, 2004, p. 15-16).

Sachs, ao referir-se ao Brasil, em matéria de sustentabilidade argumenta que o país possui o cenário ideal para que seja possível a concretização do princípio:

“O Brasil é um país abençoado com a maior biodiversidade e a maior floresta tropical do mundo, amplas reservas de terras cultiváveis, boa disponibilidade de recursos hídricos na maior parte do território, climas favoráveis à produção vegetal (o sol é e sempre será nosso), gente disposta a trabalhar a terra (...) e excelentes agrônomos e biólogos” (SACHS, 2004, p. 106).

Portanto, quando se observa a exposição do autor, bem como o ideal de sustentabilidade apregoados nacional e internacionalmente, é possível inferir que no Brasil naturalmente haveria subsídios para a efetivação de um desenvolvimento pautado do conceito de sustentabilidade: o atendimento das necessidades das presentes gerações sem comprometer as gerações futuras (na perspectiva do Relatório Brundtland) ou como aquele defendido pelo próprio Sachs. No entanto, sabe-se que entre a constatação teórica dos potenciais naturais e sociais para o desenvolvimento sustentável e sua efetiva implementação há um longo caminho a ser percorrido e que se dará, via de regra, pela contribuição do Estado de impulsionar este ideal pela implementação de políticas condizentes com as distintas realidades abrangidas pelas políticas.

No entanto, não se deve minimizar a importância da contribuição teórica em torno do estabelecimento de um conceito, pois a concepção a ser adotada determinará como as políticas serão implementadas, considerando um foco determinado.

Dentre estas distintas formas pelas quais foi visto o paradigma do desenvolvimento sustentável, Veiga (2010, p. 17) destaca três ideias basilares pelas quais este conceito foi trabalhado ao longo do tempo: a) O primeiro, voltado ao desenvolvimento como crescimento econômico; b) O segundo, compreendendo desenvolvimento como um parâmetro impossível de ser alcançado, um mito ou c) Na terceira compreensão, considerando-se o desenvolvimento como um ideal que não pode ser “amesquinhado” como mero desenvolvimento econômico, nem tampouco considerado como mito, constituindo, portanto, uma terceira via, isenta de reducionismos ou generalizações. Este terceiro viés de interpretação, portanto, seria aquele mais condizente com a realidade socioambiental a qual se pretende atingir e que estaria mais apto a fornecer respostas com algum grau de eficiência. Trata-se da consideração de uma concepção de desenvolvimento sustentável que fuja dos extremos e dos reducionismos, dosando as necessidades humanas e a preservação do mundo natural.

No contexto desta concepção, portanto, é que Gisele Araújo (2008, p. 24) contribui com a temática, sistematizando os princípios da sustentabilidade: a) respeito e incentivo aos princípios éticos de preservação de todas as formas de vida; b) preservar a biodiversidade; c) alterar padrões de produção; d) reduzir ou substituir o uso de recursos não renováveis; e) incentivar e garantir o uso sustentável de recursos renováveis; f) respeitar a capacidade de suporte dos ecossistemas; g) mudar padrões individuais de consumo; h) delinear ferramentas locais.

Nota-se, portanto, que dentre tantas concepções apresentadas a respeito do desenvolvimento sustentável, deve-se adotar aquelas voltadas ao maior grau de equilíbrio socioambiental possível: não se trata de equilíbrio ecológico pleno (o que viu-se não ser possível), nem tampouco de políticas que busquem a proteção ambiental desatrelada da consideração das necessidades humanas. O desafio da sustentabilidade é conseguir ser concretizada fora dos padrões reducionistas de proteção ambiental, estabelecendo, primeiramente, uma nova ética que paute as relações entre humanos e as demais formas de vida. Após seguir esta primeira orientação, a implementação de políticas ambientais deve considerar as variáveis afetadas, conforme sugere Sachs, ao dividir tais variáveis em cinco elementos a serem considerados.

4. INTERPRETAÇÕES E CRÍTICAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

As respostas trazidas para a crise socioambiental pela via do estabelecimento do paradigma do desenvolvimento sustentável não estão isentas de críticas. Ao contrário, ainda restam questionamentos que vão desde as bases da ideia, até os problemas práticos em torno do conceito. A seguir, serão apresentadas algumas das críticas tecidas e que possuem interferência direta para a elaboração e implementação de políticas públicas de caráter socioambiental.

Solange Teles da Silva, a respeito do desenvolvimento sustentável, explica que a expressão possui aproximadamente sessenta significados, cada um deles focando em distintas concepções da relação entre ser humano e natureza¹. No entanto, para afunilar o debate semântico, a autora cita Smouts, para quem o desenvolvimento sustentável pode ser visto por dois prismas distintos: a) como ferramenta analítica, evidenciando os limites da ideia tradicional de desenvolvimento e b) como um projeto político, que questiona a própria ordem econômica estabelecida (SMOUTS apud SILVA, 2005, p. 103).

Segundo estas duas visões, haveria que questionar o que vem sendo feito de forma concreta com a ideia de “desenvolvimento sustentável”. O primeiro ponto de vista demonstrado pela autora refere-se a que simplesmente tem-se utilizado da ideia para analisar os problemas da crise socioambiental, de forma a realizar um diagnóstico da situação atual e indicar novas perspectivas para o futuro. A outra visão, no entanto, remete a que o desenvolvimento sustentável seja encarado como um projeto político, não apenas voltado à tomada de consciência a respeito da situação ambiental atual, mas sim, para torná-lo parte concreta nas agendas políticas dos Estados.

O aperfeiçoamento da ideia de desenvolvimento sustentável proporcionou que os problemas inerentes ao conceito fossem sendo trabalhados paulatinamente. Por outro lado, a discussão por diversas frentes proporcionou que o conceito fosse absorvido por um campo de disputas de múltiplos discursos que, por vezes mostraram-se complementares e, por vezes, opostos:

“Redclift (1987) considera o Desenvolvimento Sustentável (DS) uma ideia

1 Sobre a diversidade de literatura sobre o tema: “O relatório Brundtland (1987) abriu um imenso debate na academia sobre o significado de desenvolvimento sustentável. Pearce *et al.* (1989) mostravam uma quantidade razoável de definições. Hoje há um verdadeiro mar de literatura que aborda o tema das mais diversas maneiras” (NASCIMENTO, 2012, p. 51).

poderosa, enquanto Richardson (1997) chama-o de fraude, pois tenta esconder a contradição entre a finitude dos recursos naturais e o caráter desenvolvimentista da sociedade industrial. Já O'Jrdan (1993) apoiado por Dryzeh (1997), é de opinião que o DS traz em si a ambiguidade de conceitos, como os de justiça e democracia, e que não por isso eles deixam de ser relevantes” (NASCIMENTO, 2012, p. 51-52).

Enquanto alguns veem no conceito uma possibilidade real para o tratamento da questão ambiental, outros o consideram sob um ponto de vista cético, uma vez que mascara a dimensão real do problema. Para o autor, a noção de sustentabilidade foi transformada em desenvolvimento sustentável, graças aos debates no âmbito internacional (NASCIMENTO, 2012, p. 52). No entanto, o que parece é que os conceitos se mostram como duas ideias distintas, sendo a sustentabilidade tida como valor social e o desenvolvimento sustentável como uma diretriz para as atividades políticas e econômicas. Deste modo, enquanto a sustentabilidade surgiu focada no problema ambiental, o desenvolvimento sustentável aparece destacando a busca por soluções aos problemas econômicos decorrentes da crise do meio ambiente. Há, portanto, nesse último conceito, a prevalência das preocupações quanto à economia.

De qualquer modo, para Solange Teles da Silva (2009, p. 103), o conceito é revolucionário, uma vez que questiona certos valores sociais, favorecendo a construção de uma nova ordem pública ecológica, sendo que, na realidade, o conceito surgiu para conciliar a necessidade de proteção ambiental às necessidades de desenvolvimento econômico.

No entanto, o que definirá a interpretação do desenvolvimento sustentável como arma poderosa ou fraude, ainda é a sua efetiva aplicação como diretriz nas políticas públicas. Se o conceito for utilizado de forma aleatória, sem objetivos concretos e sem compor a agenda política de forma séria, neste caso, seria possível adjetivá-lo como fraude.

Para Sen e Kliksberg, a noção de desenvolvimento sustentável trazida pelo Relatório Brundtland (1987) peca por desconsiderar o conjunto de valores que devem ser observados além das necessidades econômicas, conforme observou-se pelas abordagens anteriores. Para os autores, analisar a questão ambiental apenas pelo viés das necessidades das pessoas proporciona uma visão limitada da humanidade, considerando que a humanidade não pode ser tida apenas como um polo passivo da questão, mas como agente dotada de liberdade de decisão, que deve ser exercida muito além da mera satisfação de necessidades (SEN e KLIKSBERG, 2010, p. 65).

A crítica dos autores, portanto, perpassa a questão da escolha de um desenvolvimento sustentável de viés antropocêntrico ou ecocêntrico. Não se trata de que seja necessário adotar posturas extremas, conforme já discutido anteriormente, mas de sopesar os danos à natureza e as reais necessidades humanas que poderiam justificar tais danos. Segundo a ótica dos autores, para o tratamento da questão socioambiental é necessário pensar conjuntamente, argumentando em torno das variáveis naturais em geral e humanas em específico, sem reduzir o discurso e ações a nenhum dos dois extremos.

Como se nota, as críticas contra a noção de desenvolvimento irão convergir, de forma geral, à necessidade de considerar natureza e ser humano neste entendimento. Pelo ponto de vista da condição do ser humano de dependência e profunda relação

com a natureza, Viana traz uma interessante abordagem a respeito do desenvolvimento sustentável. Em sua análise, o autor observa que etimologicamente, a palavra “envolver”, é a antítese de “desenvolver”, uma vez que: desenvolver significa tirar o invólucro, descobrir o que estava encoberto; enquanto que envolver significaria meter-se num invólucro ou comprometer-se.

Segundo a perspectiva apresentada, seria possível concluir que desenvolver uma pessoa ou comunidade significaria retirá-la do seu invólucro ou contexto ambiental; descomprometê-la com o seu ambiente (VIANA, 2006, p. 43). Analisando tal interpretação, resta o questionamento acerca do que realmente tem sido imposto pela noção de desenvolvimento que se tem difundido atualmente. Ao mesmo tempo em que é necessário pensar formas de melhorar as condições de vida da humanidade, deve-se atentar para os riscos que tais mudanças podem acarretar, como a perda do senso de pertencimento com o entorno e sua conseqüente degradação. Assim, entre os valores a serem buscados deve-se incluir, indubitavelmente, um tratamento adequado para com o ambiente, limitando-se o grau de interferência humana sobre ele, considerando, ainda, que este compõe a unidade da existência e condição necessária à realização das potencialidades humanas.

Como parte da necessária crítica que se deve apresentar ao conceito, pensando em seu aperfeiçoamento, Nascimento destaca, que ainda é necessário pensar definições complementares para tornar a ideia efetiva:

“A força e a fraqueza dessa definição encontram-se justamente nesta fórmula vaga, pois deixam-se em aberto quais seriam as necessidades humanas atuais, e mais ainda as das gerações futuras. Introduce-se a noção de intergeracionalidade no conceito de sustentabilidade, associando-a à justiça social (redução das desigualdades sociais e direito de acesso aos bens necessários a uma vida digna) e aos valores éticos (compromisso com as gerações futuras) (NASCIMENTO, 2012, p. 54)”.

A crítica do autor, portanto, reside na indefinição conceitual de diversas categorias associadas ao termo, como a questão das necessidades humanas e da ideia de intergeracionalidade, que estão longe de ter um consenso no meio jurídico. Além disso, o autor critica a divisão das componentes do desenvolvimento sustentável em três (ambiental, econômico e social), pois seria impossível pensar tais aspectos sem incluir o viés do poder (componente político) e o viés cultural (mudança no padrão de produção e de consumo) (NASCIMENTO, 2012, p. 57).

Portanto, a ausência de definições e a imprecisão quanto ao alcance do termo (social, ambiental, econômico, político, cultural e etc.) constituem ainda obstáculos para uma utilização coerente do modelo proposto pelo desenvolvimento sustentável. É certo, no entanto, que sua proposta implica em rupturas drásticas com as ordens sociais atuais, de modo que é possível afirmar que tal paradigma acaba intervindo em todos os contextos demonstrados.

Há que se destacar, por fim, a dificuldade na observância igualitária dos três pilares que compõem, basicamente, o conceito. Observando alguns modelos voltados à implementação do desenvolvimento sustentável, por vezes observa-se que há uma predominância de um eixo em relação aos demais: normalmente, os elementos social e ambiental são sacrificados em benefício da variável econômica. Um exemplo disso

é a instituição de mercados de carbono, que incluem a “permissão” de “transferência” de poluição mediante a compra de certificados voltados a esta finalidade, ou, ainda, o pagamento a comunidades para que mantenham seus territórios intactos, proibindo-as de manter quaisquer interferências em áreas de seus domínios, mesmo que a degradação seja insignificante. Inviabilizar o modo de vida de sociedades de baixo impacto ambiental é uma afronta direta à equidade social que deve ser observada em políticas de desenvolvimento sustentável, assim como a negociação de poluição não pode ser vista como uma conduta ambientalmente benéfica (MAMED, 2016).

Assim, pensar um conceito de desenvolvimento sustentável que dê conta de todas essas variáveis, é um desafio ao qual a sociedade atual não pode se furtar, sob pena de continuar construindo modelos incompatíveis com as reais necessidades socioambientais do tempo presente.

5. INCORPORAÇÃO ÀS POLÍTICAS SOCIOAMBIENTAIS BRASILEIRAS

A legislação brasileira tem tentado incorporar as premissas do desenvolvimento sustentável, desde que este parâmetro passou a consolidar-se no âmbito internacional². Após dados os primeiros passos para consolidar o tema como uma preocupação generalizada, foram observadas medidas para integrar as ideias decorrentes do modelo enquanto políticas públicas a serem adotadas pelo Estado. Nesse sentido, há que se considerar política pública como

“[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2006, p. 39).

Conforme observado, o conceito de políticas públicas encontra-se vinculado à atuação do Estado, que agirá por meio do legislativo ou executivo, que as levarão a cabo conjunta ou separadamente. Assim, nota-se que o maior veículo para implementação de políticas públicas é a lei, que nos seus diversos âmbitos deverá coadunar-se aos objetivos pré-estabelecidos por normas mais gerais (como por exemplo, aquelas contidas na Constituição Federal).

No Brasil, a primeira legislação que incluiu a ideia de desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico foi a Lei 6.938/81 (no contexto dos anos 80, sob

2 De modo geral, pode-se dizer que a proteção jurídica do meio ambiente são constituídas desde o período colonial do país, por meio das Ordenações do Reino. Mais tarde, no período de transição do Império para a República, observa-se a edição do Código Criminal (1830), que também trazia questões voltadas ao meio ambiente. No período republicano, nota-se a edição do Código Civil (1916), Código Florestal (1934) e do Código de Pesca (1938). Após a década de 60 (início dos movimentos internacionais em prol do meio ambiente) tem-se as edições do novo Código Florestal (1965), Lei de Proteção à Fauna (1967), novo Código de Pesca (1967) e a Lei de Criação de Áreas Especiais e Locais de Interesse Turístico (1977). [LEITE e FERREIRA, 2010, p. 4 e 5].

influência da Convenção de Estocolmo, em 1972). O referido diploma legal institui a Política Nacional do Meio Ambiente. No artigo 2º desta lei, encontra-se a seguinte previsão:

“A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. E no art. 4º: “A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (BRASIL, 1981).

Assim, a lei que estabeleceu uma Política Nacional de Meio Ambiente e adotou uma visão afeita à noção de desenvolvimento sustentável para direcionar as políticas voltadas à questão ambiental, intrinsecamente relacionada às questões do desenvolvimento (em geral), à segurança nacional e à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, apesar de não expressar de forma literal o termo “desenvolvimento sustentável”, defende seus pressupostos, especialmente nos artigos 170 (da ordem econômica) e no artigo 225 (sobre a proteção do meio ambiente)³.

Além desses dispositivos, também tratam de sustentabilidade os seguintes textos legais, de acordo com Picinin (2012):

“a) Lei de Parcerias Público-Privadas – Lei nº 11.079/04, Art. 10, inc. VII;

b) Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, Art. 4º, incs. I a VII;

c) Lei Ambiental – Lei nº 9.605/98, Art. 72, §8º, inc. V;

d) Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima – Lei nº 12.187/09: Arts. 3º, caput e inc. IV, Art. 4º, parágrafo único, Art. 5º, incs. II, XIII, alínea “b” e XVI, Art. 6º, inc. XII;

e) Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei nº 12.305/10: Art. 3º, incs. XI e XIII, Art. 4º, Art. 6º, incs. I a V, Art. 7º, incs. I a XV, Art. 30, caput e parágrafo único, incs. I a VII, Art. 8º, incs. V a VIII, Art. 9º, caput e §1º, Art. 15, caput e incs. I a XI e parágrafo único, Art. 17, incs. I a XII, Art. 19, incs. I a XIX, Art. 21, incs. II e VIII, Art. 22, Art. 29, Art. 31, caput, inc. I, alíneas “a” e “b”, incs. II a IV, Art. 42, incs. II e VIII, Art. 51 e Art. 54;

f) Lei de Saneamento – Lei nº 11.445/07: Art. 19, inc. I, Art. 30, inc. III, Art. 44, caput e §§1º e 2º, Art. 45, §1º, Art. 48, incs. II e IX e parágrafo único, Art. 49, incs. V e X;

g) Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 – Art. 24, inc. XXVII” (PICININ, 2012).

Portanto, vê-se que o desenvolvimento sustentável tem sido utilizado

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Art. 225. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

estatal em vários de seus setores, conforme observado no caso da Política Nacional de Meio Ambiente, Lei de Licitação, bem como das outras legislações citadas anteriormente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com as questões ambientais, notadamente, adveio da percepção por parte das sociedades de que suas condições de vida estariam profundamente comprometidas caso não houvesse uma mudança na sua forma de relacionar-se frente aos recursos. A partir deste olhar, foi formulado então o conceito de desenvolvimento sustentável, relacionando-o ao atendimento das necessidades humanas atuais e também das gerações futuras.

Conforme observado, várias são as críticas em torno do conceito, que vem sendo reconstruído desde a sua formulação. Dentre os vários aspectos abordados, notou-se a dificuldade que este conceito apresenta de dar conta da complexidade das relações entre sociedade e meio ambiente natural, de modo que se mostrou recorrente a defesa de alguns aspectos a serem abordados como as componentes social, ambiental, econômica, política, territorial, cultural e etc.

A relação entre humanidade e natureza gera inúmeros questionamentos e formas de tratar as negatividades dela advindas. Conforme observado, um dos principais problemas atribuídos a esta relação reside na injustiça social gerada, uma vez que são as camadas sociais com menor poder econômico que acabam suportando as mais pesadas cargas em termos ambientais, resultando numa significativa redução da qualidade de vida de que desfrutavam, não obstante já carregarem os males da privação econômica. Ademais, há que se observar a defesa de uma ideia de desenvolvimento sustentável que observe de forma equilibrada as variáveis econômica, social e ambiental.

Portanto, nota-se que a elaboração de conceitos que visam tratar de tão complexo problema devem considerar o fator humano e o fator natural, com vistas a chegar a um equilíbrio que evite situações de injustiça ambiental, alinhando os interesses econômicos às necessidades socioambientais. Finalmente, após chegar a um ponto comum sobre a abrangência a ser dada ao conceito, este deverá integrar as políticas públicas estatais visando gerar sua efetividade.

Ao fim desta reflexão, também cumpre destacar que a instituição do princípio do desenvolvimento sustentável tem tido reflexos diretos na elaboração das normas no Direito interno brasileiro e, por conseguinte, nas políticas públicas por elas instituídas. No entanto, ainda se observam disparidades na teorização e aplicação conceito diante de uma sociedade complexa e que realmente demanda um tratamento igualitário para questões sociais, ambientais e econômicas. Diante de tais conflitos, é possível tomar dois caminhos distintos: tratar a ideia do desenvolvimento sustentável como simples desejo utópico expresso em linhas vazias da legislação ou tratar o princípio como verdadeiro orientador de políticas públicas que implemente passos concretos para avançar nesse sentido, atuando como princípio orientador de políticas públicas, contemplando a complexidade que a questão socioambiental impõe.

largamente nos textos legais brasileiros, o que confirma que este princípio corresponde a um princípio orientador de políticas públicas⁴.

Uma das últimas inclusões do paradigma em textos legais e que é interessante destacar, devido ao seu teor polêmico, ocorreu por meio da Lei nº 12.349 de 2010, que alterou substancialmente o Art. 3º da Lei de Licitações, que incluiu como princípio a ser observado de forma obrigatória o “desenvolvimento nacional sustentável”.

Anteriormente, nos processos de aquisição de produtos e serviços para o Estado, observava-se a diretriz de melhor preço global e outros estritamente voltados à questão fiscal. No entanto, ao trazer como princípio o “desenvolvimento nacional sustentável”, colocou-se à observação a questão ambiental. Trata-se de quem, assim como o suprimento de materiais e serviços necessários à atividade estatal são de responsabilidade do Estado, este, também, é responsável por promover ações voltadas à proteção do meio ambiente (conforme artigo 225 da Carta Magna), cabendo, portanto, certa relativização da “supremacia do menor preço” em prol da aquisição de produtos e serviços pelo Estado que sejam mais benéficos do ponto de vista ambiental.

Apesar de criticada pelo ponto de vista orçamentário, a medida é destacada por alguns autores como uma forma que se encontrou de incluir ainda mais o desenvolvimento sustentável na agenda ambiental do Estado, por meio da promoção desta política pública:

“Para que seja possível conciliar desenvolvimento econômico com preservação ambiental, buscando a sustentabilidade, se faz necessária a criação de políticas públicas voltadas para este fim. É neste ponto que reside a importância da inclusão do princípio do desenvolvimento sustentável no rol constante do artigo 3º, *caput*, da Lei de Licitações, que possui justamente o escopo de fomentar a preservação ambiental, tendo em vista que o poder de compra do Estado pode vir a incentivar uma mudança na produção e no consumo de bens sustentáveis ao exercer suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica” (MOREIRA, 2011, p. 49).

Conforme o exemplo citado demonstra-se claramente como os valores ambientais destacados nas discussões internacionais e nacionais nos últimos anos foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Tão clara é esta constatação que se encontra na literatura a defesa de um verdadeiro “Estado de direito ambiental”, uma vez que a crise ambiental em sua complexidade força a adoção de mudanças nas estruturas sociais (inclusive no Estado) “apontando caminhos e apresentando alternativas que sejam mais compatíveis com a preservação dos valores ambientais” (LEITE e FERREIRA, 2010, p. 12).

Portanto, conforme demonstrado, a inclusão prática do princípio do desenvolvimento sustentável e da consideração da questão ambiental como diretriz de políticas públicas mostra-se uma realidade, uma vez que tem determinado a atuação

4 Para melhor entendimento do tema, há que se destacar que os princípios podem ter funções diversas, de acordo com o propósito para o qual foi criado. A este respeito, explica Francischetto que os princípios podem ter as seguintes funções: a) função fundamentadora, o que significa que os princípios devem guiar os legisladores na elaboração de normas jurídicas; b) função orientadora da interpretação, especificamente quando da aplicação de normas por parte do judiciário e c) função de fonte subsidiária (FRANCISCHETTO, 2007, p. 48).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACSELRAD, Henri. **O que é justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- ARAÚJO, Gisele Ferreira. **Estratégias de sustentabilidade.** São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008.
- BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo global.** Madrid: Sigloveinteuno, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. **Revista de Direito Ambiental**, n. 19, 2000.
- FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Hermenêutica filosófica em Hans-Georg Gadamer: a contribuição dos princípios. In: CARVALHO, Janete Magalhães e FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti (Coord.). **Discursos introdutórios na ciência do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.
- FUNDAÇÃO ESTADUAL DE ENGENHARIA DO MEIO AMBIENTE. **Vocabulário básico de meio ambiente.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Petrobrás, 1992.
- FONSECA, Ozório M. **Pensando a Amazônia.** Manaus: Valer, 2011.
- LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental.** 2ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato e FERREIRA, Helene Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini e BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- MAMED, Danielle de Ouro. **Pagamento por Serviços Ambientais e mercantilização da natureza na sociedade moderna capitalista.** Tese de Doutorado. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2016.
- MOREIRA, Tito Claudio Moura. **Princípio do desenvolvimento sustentável nas licitações.** Monografia de Conclusão de Curso. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011.
- MOTA, José Aroudo. **O valor da natureza: economia e política dos recursos ambientais.** Rio de Janeiro: Garamond, 2001.
- NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao

social, do social ao econômico. *In: Revista Estudos Avançados*. N. 26 (74), 2012.

NEVES, Walter. **Antropologia ecológica**. 2ª Ed. São Paulo, Cortez, 2002.

OST, François. **A natureza à margem da Lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ODUM, Eugene P. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.

PICININ, Juliana de Almeida. **Desenvolvimento Nacional Sustentável e a Lei nº 12.349/10**: um novo olhar sobre as licitações. Disponível em: <<http://www.esamg.org.br/paginas/index/chave/857>>. Acesso em 15 de junho de 2013.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SEN, Amartya e KLIKSBURG, Bernard. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Solange Teles. **O Direito Internacional Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TOMAS, M. Janet e CALLAN, Scott J. **Economia ambiental**: aplicações, políticas e teorias. São Paulo: Language Learning, 2010

VIANA, V. **As florestas e do desenvolvimento sustentável na Amazônia**. Manaus: Valer, 2006.

Artigo recebido em: 28/03/2017

Artigo aceito em: 18/04/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

**5. O DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E
COMUNITÁRIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FAMILIARES NO BRASIL**

**5. THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO FAMILY AND COMMUNITY
LIFE AND FAMILY PUBLIC POLICIES IN BRAZIL**

*Cristian Bazanella Longhinoti¹
Juliana Rodrigues de Souza²*

1 Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Brasil. E-mail: longhinoti@gmail.com.

2 Advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS; Mestranda e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Brasil. E-mail: contato@julianarodrigues.adv.br.

Como citar este artigo:

LONGHINOTI, Cristian Bazanella; SOUZA, Juliana Rodrigues de. **O Direito Constitucional à convivência familiar e comunitária e as políticas públicas familiares no Brasil**. Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul. 2017; v. 1 (1): 93-109.

RESUMO

A análise da efetividade das políticas públicas existentes no Brasil com o objetivo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária para a população infanto-juvenil representa uma temática contemporânea e relevante para âmbito constitucional e familiar. Nesse sentido, o presente estudo objetiva apresentar os aspectos conceituais e os aspectos legais deste direito fundamental, principalmente no que tange as políticas de proteção social às famílias. A pesquisa engloba a apreciação de dados brasileiros acerca da proteção ao direito à convivência familiar e comunitária, que foram coletados do Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS e do documento intitulado “Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País”. Constatou-se que a ausência de efetividade das políticas públicas é parte de um quadro brasileiro mais amplo de desigualdade socioeconômica, comprometendo a garantia de direitos básicos de todos os cidadãos e, em particular, das crianças e dos adolescentes. Assim, os resultados apontam que existem diversas dificuldades para efetivar as ações governamentais que garantam os direitos fundamentais para as crianças e os adolescentes. Além disso, verifica-se que a plena efetivação dessas ações depende de uma rede de atendimento adequada, composta pela cooperação de diversos órgãos e autoridades de diferentes áreas, e de um sistema de proteção e de garantia de direitos, cuja estrutura de funcionamento abrange a integração da sociedade e do Estado.

Palavras-chave: criança e adolescente; direito à convivência familiar e comunitária; políticas públicas.

ABSTRACT

The analysis of the effectiveness of existing public policies in Brazil with the purpose of guaranteeing the right to family and community life for the child and adolescent population represents a contemporary and relevant theme for the constitutional and family spheres. Thus, the present study seeks to achieve to present the conceptual aspects and legal aspects of this fundamental right, especially regarding policies of social protection to families. The research also includes the assessment of national data on the protection of the right to family and community life, which were collected from the National Survey of Children and Adolescent's Shelters of the SAC/MDS Network and from the document “A Closer Look at Children and Adolescents Hosting services in the country”. It is observed that the lack of effectiveness of public policies is part of a broader framework of Brazilian socioeconomic inequality, compromising the guarantee of basic rights of all citizens and, in particular, of the children and adolescents. Thus, the results show that there are many difficulties to carry out governmental actions that guarantee fundamental rights for children and adolescents. In addition, it seems that the full effectiveness of those actions depends on a proper care network, made by various agencies and authorities of different areas cooperation,

and a system of protection and guarantee of rights, which the operating structure includes the integration of society and the state.

Keywords: Child and adolescent; Right to family and community life; public policy.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas para as crianças e adolescentes existentes no Brasil representam um importante meio de proteção social e de garantia de direitos. Assim, o presente trabalho tem por finalidade desenvolver um estudo sobre a efetividade das políticas públicas de proteção social existentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo especial quanto ao direito à convivência familiar e comunitária para as crianças e os adolescentes.

Nesse sentido, em um primeiro momento abordar-se-á não apenas os aspectos conceituais e legais do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, mas também a institucionalização como forma de garantir à convivência familiar e comunitária para população infanto-juvenil. Em um segundo momento, apresentar-se-á uma reflexão acerca das políticas de proteção para as crianças e adolescentes vigentes no Brasil.

Observa-se que a legislação e a elaboração de políticas públicas voltadas à infância e juventude no Brasil percorreram alterações substanciais e significativas ao longo dos anos. E, por essa razão, analisam-se as políticas públicas de proteção social as famílias e as legislações protetivas quanto ao direito à convivência familiar e comunitária. Após uma breve exposição quanto às mudanças ocorridas na concepção da política de assistência social brasileira, a pesquisa engloba a apreciação de dados nacionais quanto à proteção ao direito constitucional à convivência familiar e comunitária.

A ausência de efetividade das políticas públicas, além de outros fatores, dificulta a permanência das crianças e dos adolescentes em suas casas. O problema, portanto, é parte do quadro brasileiro mais amplo de desigualdade socioeconômica, comprometendo a garantia de direitos básicos de todos os cidadãos e, em particular, das crianças e dos adolescentes.

Dessa forma, com apoio na literatura específica existente, a pesquisa visa contribuir para a difusão do conhecimento científico acerca das políticas públicas que foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de garantir o direito à convivência familiar e comunitária para a população infanto-juvenil.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A convivência familiar e comunitária é compreendida como uma necessidade primordial para a criança e o adolescente se desenvolver, proporcionando-os a construção de sua personalidade. A concepção de convivência familiar decorre da “(...) possibilidade da criança permanecer no meio a que pertence. De preferência junto a sua família, ou seja, seus pais e/ou outros familiares. Ou, caso isso não seja possível, em outra família que a possa acolher” (RIZZINI, 2007, p. 54).

A família é a principal responsável pela transmissão de valores à criança e ao adolescente, de modo a repassar o suporte psíquico necessário para uma futura inserção social na comunidade em que vivem. Ademais, a população infanto-juvenil carece de afeto de seus pais, concebido não apenas pela aproximação física, mas, sobretudo, pela aproximação emocional de seus membros. Dessa forma, é por meio da convivência com o núcleo familiar e das relações de vizinhança, de bairro e de cidade, de escola e de lazer que a criança e o adolescente assimilam os valores basilares, hábitos e maneiras de ultrapassar as dificuldades e, principalmente, de desenvolver o seu caráter (MADALENO, 2006, p. 152).

O direito de ter, de nascer e de conviver em família, de criar e de conservar laços afetivos é considerado direito fundamental do ser humano, de forma especial daqueles que estão em processo de desenvolvimento (FACHINETTO, 2009, p. 142). Da mesma forma, o direito a convivência comunitária é igualmente relevante para crianças e adolescentes, pois promove o estabelecimento de novas relações e vínculos, devendo ser efetivado pela inserção das famílias nos serviços oferecidos pela comunidade em que vivem. Tais serviços deverão ser oferecidos, de forma especial, para que as pessoas em desenvolvimento participem das atividades de lazer, de esporte, de religião e de cultura, possibilitando experiências necessárias ao seu amadurecimento.

A possibilidade de se desenvolver em uma família representa uma necessidade de sobrevivência e de crescimento sadio para a criança e adolescente. E, nesse sentido, o direito à convivência familiar nunca deverá ser retirado sem que haja uma ameaça ou violação real de direitos para as crianças e adolescentes. Todavia, caso ocorra esta situação, será indispensável à execução de medidas que objetivem o fortalecimento dos vínculos familiares rompidos, ou ainda, que suprem a ausência desse direito fundamental imprescindível (FACHINETTO, 2009, p. 142).

1.1. Aspectos legais do direito à convivência familiar e comunitária

A Constituição Federal Brasileira de 1988 preconiza em seu art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado avaliar para todas as crianças o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, inclusive à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo toda a forma de negligência, violência e crueldade.

Do mesmo modo, a Lei n. 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pontua a importância da preservação do direito à convivência familiar e comunitária, ao referir que na aplicação de uma das medidas de proteção à criança e ao adolescente vitimizados, deve-se priorizar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Evidencia-se que apesar de existir a previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao dever de garantir o direito à convivência familiar e comunitária, o doutrinador André Viana Custódio registra um alerta. Segundo o autor, haverá pouca efetividade se não houver “o compromisso firme com o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente” (CUSTÓDIO, 2009, p. 40).

No que se refere à legislação, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança igualmente assegura o direito à convivência familiar ao citar que: “(...) a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. Ainda, menciona que “a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade”.

Sob o mesmo enfoque, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança sustenta que a criança tem o direito de conhecer e conviver com seus pais, caso não seja incompatível com o melhor interesse. Além disso, a autora reforça que nos casos em que as separações resultarem de ação de Poder Judiciário, é obrigação de o Estado promover a proteção especial às crianças desprovidas de ambiente familiar, de modo a assegurar um ambiente familiar alternativo apropriado ou colocação em instituição (AZAMBUJA, 2004, 283).

Portanto, é no ambiente familiar que a criança e o adolescente estabelecem o ciclo de socialização, aprendem a resolver suas dificuldades, formam novos valores e encaram os problemas da vida. “Conviver em família e na comunidade é sinônimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de um ser em formação” (MACIEL, 2010, 76).

No entanto, não se pode olvidar que embora a família seja reconhecida como local de proteção, acolhimento e segurança, em alguns casos, pode tornar-se um ambiente de desordens para violação de direitos da criança e do adolescente. Dentre as formas de violação presentes no núcleo familiar destacam-se: a violência psicológica, a negligência, a violência física, os maus tratos, a violência sexual, a drogadição, entre outras. Ocorre que em algumas situações, tais violências afastam as crianças e os adolescentes de suas famílias, o que as tornam mais propensas a permanecer nas ruas. E, nesse sentido, o “afastamento do núcleo familiar representa grave violação do direito à vida do infante” (MACIEL, 2010, 76).

É importante destacar que o art. 23 do ECA preconiza que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Dessa forma, não existindo outros motivos que autorizem o Poder Judiciário a afastar a criança ou o adolescente da sua família de origem, incumbe inserir obrigatoriamente esta família em programas oficiais de auxílio. Ademais, caso não seja respeitado o regramento, esta responsabilidade é pertinente aos gestores das políticas sociais do município a que esta criança ou adolescente estejam inseridos ou ainda a requerimento do Ministério Público.

1.2. A Institucionalização como forma de garantir à convivência familiar e comunitária

Conforme já elucidado, independente do tipo de composição da instituição familiar, todas as crianças e adolescentes possuem, indiscutivelmente, o direito de ter uma família, na qual compete ao Estado e a sociedade garantir estes vínculos. No entanto, diante dos problemas financeiros, de situações de risco e da ausência de apoio

do Estado, muitas famílias não conseguem desempenhar suas funções de maneira autônoma, e, diante disto, a população infanto-juvenil permanece abandonada socialmente. Logo, a medida de acolhimento institucional constitui uma maneira de proteção para as crianças e adolescentes.

Além das violações de direitos previstas na Lei n. 8.069/1990, no qual estipula o afastamento da criança ou do adolescente de sua família, há diversos fatores que impedem a permanência deles em suas residências. Dentre os motivos destaca-se, não apenas a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades socioeconômicas e a inserção no mercado de trabalho, a insuficiência de creches, escolas públicas de qualidade em horário integral, mas, sobretudo, a inexistência das políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária (RIZZINI, 2007, p. 23).

Nos termos das disposições contidas no ECA, o acolhimento institucional é medida cautelar excepcional e provisória, cuja finalidade é resguardar a criança e o adolescente quando sua família não puder cumprir sua função e sua responsabilidade. É importante destacar que a população infanto-juvenil inserida no programa de acolhimento institucional não poderá permanecer por um período superior a 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que justifique a permanência por um período maior. Além disso, todos aqueles que estiverem institucionalizados deverão ter a sua situação reavaliada a cada 6 (seis) meses de maneira fundamentada e amparada em relatórios de equipes interprofissionais ou multidisciplinares, que se posicionam quanto a colocação em família substituta ou a reintegração familiar.

A introdução da cultura da institucionalização, mencionada no início do artigo, viabiliza não somente a compreensão acerca do modelo assistencialista adotado historicamente pelas famílias brasileiras, mas também possibilita o entendimento no que se refere à garantia do direito à convivência familiar e comunitária para a infância e para a juventude.

A Lei n. 12.010/2009 (Lei Nacional de Adoção) trouxe significativas contribuições para efetivar o direito à convivência familiar e comunitária ao recomendar a diminuição do tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento. De maneira especial, a lei modificou a realidade de milhares de institucionalizados no Brasil, que foram afastados de seu ambiente familiar de origem, e possibilita o cumprimento do caráter excepcional e provisório da medida de proteção.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL DAS FAMÍLIAS

A legislação e a inserção de políticas públicas voltadas à proteção das crianças e dos adolescentes no Brasil percorreram alterações substanciais e significativas ao longo dos anos. O que explica o surgimento de políticas públicas no Brasil é a oportuna existência dos direitos sociais, previsto entre os direitos fundamentais de toda pessoa humana, que se consolidam através das prestações positivas do Estado. Sobre os fundamentos dos direitos do homem, Norberto Bobbio informa que os direitos sociais, pronunciados como de segunda geração, versam sobre poderes, que apenas “podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos

públicos), um certo número de obrigações positivas” (BOBBIO, 1992, p. 21).

Pelos preceitos de Martha Toledo Machado se não houver a efetivação dos direitos sociais para as crianças e adolescentes – de modo especial a educação, a saúde, a profissionalização, ao direito ao não-trabalho, bem como ao direito à alimentação – não será possível a proteção material aos seus direitos fundamentais (MACHADO, 2003, p. 136). No que tange a concepção de políticas públicas, Veronese enaltece que se trata de “um conjunto de ações, formando uma rede complexa, endereçada sobre precisas questões de relevância social. São ações, enfim, que objetivam a promoção da cidadania” (VERONESE, 1999, p. 193).

Segundo defende Bucci o conceito de políticas públicas não se limita a esfera estatal, pode ser compreendida como a unificação de planos e programas, incluindo atividades privadas de instituições não governamentais. Além disso, essas ações objetivam a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e a realização de aspectos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2002, p. 239). Assim, de acordo com concepção comumente utilizada pelas pessoas, podemos afirmar que políticas públicas são as ações que os governos resolvem colocar em prática com o escopo de solucionar e amenizar os problemas públicos existentes na sociedade.

2.1. A legislação e a proteção social por meio de políticas públicas

Com a regulamentação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi estabelecido um novo modelo acerca da proteção social no país. O artigo 194 da referida carta enaltece não apenas a expansão dos direitos sociais, mas, sobretudo, a admissão da Assistência Social como um dos direitos assegurados pela seguridade social.

A criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), por meio da Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, também demonstra o significativo avanço na proteção social da infância e da juventude no Brasil. O órgão é responsável pela formulação, deliberação e controle das políticas públicas para a infância e a adolescência no âmbito federal. Além disso, é de competência do CONANDA efetivar os direitos, os princípios e as diretrizes contidas no ECA, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

Sob o mesmo enfoque, a Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993, instituiu a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), na qual estabelece que a assistência social seja direito do cidadão e dever do Estado. Dessa forma, a assistência social trata-se de um direito público subjetivo, pois qualquer pessoa que necessitar deverá ser amparado, obrigatoriamente, pelo Estado, conforme alude o art. 1º da legislação: que a “assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

A assistência social no Brasil passou por diversas alterações positivas com algumas orientações a partir de 2004, tais como: a criação do Sistema único da Assistência Social (SUAS), modelo de gestão para operacionalizar os serviços

de assistência social; a inserção da Norma Operacional Básica (NOB), que propõe duas modalidades de atendimento assistencial: Proteção Social Básica, que objetiva fortalecer os vínculos familiares e comunitários, e Proteção Social Especial, com a finalidade de proteger a famílias e os indivíduos que estão em situação de riscos pessoais e Sociais (SIQUEIRA, 2011, p. 262-271), bem como a concepção da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), uma política que objetiva efetivar o amparo social como direito de cidadania e responsabilidade do Estado.

Nesse contexto, importante ressaltar as diretrizes da PNAS ao referir a descentralização política-administrativa, a participação da população, a primazia da responsabilidade do Estado na condução da Política de Assistência Social em cada esfera de governo e a centralidade na família para concepção e para inserção de benefícios, de serviços, de programas e de projetos.

Acerca do amparo social, a Política Nacional de Assistência Social enaltece que o objetivo primordial refere-se à prevenção de situações de risco, de modo que sejam desenvolvidas as potencialidades e as aquisições e fortalecido de vínculos familiares comunitários. Além disso, o documento é destinado às pessoas que vivem em situações de vulnerabilidade social decorrentes de pobreza, da ausência de renda e dificuldades de acesso aos serviços públicos, da fragilização dos vínculos afetivos, dentre outros.

Dessa forma, após uma breve explanação no que tange as mudanças ocorridas na concepção da política de assistência social brasileira, analisa-se um importante documento de proteção à infância e juventude: a proteção social proposta no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária (PNCFC).

Como forma de aprimorar o amparo social existente no país, o Governo Federal lançou em dezembro de 2006 o PNCFC, com a finalidade inserir políticas públicas a serem desenvolvidas entre os anos de 2007 a 2015.

O plano foi submetido a uma ampla participação pública, envolvendo inúmeros representantes institucionais de todas as regiões do Brasil e diversos órgãos deliberativos de políticas públicas para à infância e juventude, os quais compuseram uma comissão para elaborar subsídios e, por fim, apresentar ao Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes – CONANDA e ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

Importante registrar que o PNCFC estabelece um marco nas políticas públicas brasileiras, tendo em vista que rompe com a cultura de institucionalizar as crianças e os jovens e fortalece a proteção integral e a preservação dos vínculos familiares e comunitários previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, manter os vínculos familiares e comunitários representa a fundamentação para que as crianças e os adolescentes sejam reconhecidos como sujeitos e cidadãos de direitos, de modo que deve haver um investimento nas políticas públicas voltadas à família.

Conforme os preceitos de Izabella Régis da Silva, estes aspectos estão presentes há duas décadas, pois o Estatuto já dispunha a atuação do Estado por meio de políticas sociais básicas e políticas de proteção especial para as Crianças e os adolescentes. No entanto, a autora reforça que a medida de proteção de acolhimento continua emblemática na situação social, sobretudo, quando se refere ao caráter

excepcional e provisório da medida (SILVA, 2010, p. 103).

Para melhor organizar o PNCFC, a Comissão Intersetorial escolheu dividi-la em três Câmaras Técnicas, na qual cada uma representa diferentes áreas temáticas que compõem facetas do Direito à Convivência Familiar e Comunitária: 1º) a instituição familiar de origem e a comunidade na qual está inserida, a importância da manutenção dos vínculos familiares e comunitários e a função das políticas públicas de apoio sócio-familiar; 2º) a intervenção institucional nas circunstâncias de ameaça ou de rompimento dos vínculos familiares e no reordenamento dos programas de Acolhimento Institucional e na inserção dos Programas de Famílias Acolhedoras, com destaque na excepcionalidade e na provisoriedade destas medidas e, também, na preservação, fortalecimento e reparo dos vínculos familiares; e, por fim, 3º) possibilitar uma nova família para a criança e para o adolescente que perdeu a sua própria”.

Tanto CONANDA quanto CNAS afirmam que apenas será garantida a política de promoção, proteção e defesa do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária se houver a interação de todas as políticas sociais, especialmente, se a família tiver o acesso a serviços de saúde, educação de qualidade, geração de emprego e renda, entre outros.

Nessa perspectiva, acerca da importância da efetivação dos direitos fundamentais da infância e juventude, André Viana Custódio registra os progressos, ao afirmar que “(...) com a elaboração do Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, que contribuiu decisivamente para o diagnóstico, planejamento e avaliação das políticas públicas nesse campo (...)” (CUSTÓDIO, 2009, p. 52).

-Relevante ressaltar que o PNCFC concebe um marco inicial importantíssimo na defesa do direito à convivência familiar e comunitária, e estabelece condições para fortalecer as políticas de atendimento às famílias, às crianças e aos adolescentes.

Contudo, se torna imprescindível à reflexão acerca dos métodos de funcionamento do PNCFC, pois não é satisfatório existir documentos legais e regulamentos protetivos a população infanto-juvenil se não serão realmente efetivados.

Com base na realidade brasileira evidenciada, Aline Cardoso Siqueira e Débora Dalbosco Dell’Aglío afirmam que é possível compreender o amplo desafio que surge no Brasil sob a perspectiva de implementar as políticas públicas de garantia ao direito à convivência familiar e comunitária” (SIQUEIRA e DELL’AGLIO, 2011, p. 262-271). E, com base nisso, avalia-se os resultados de uma pesquisa, de âmbito nacional, acerca da política protetiva da infância e da juventude, apontada como acolhimento institucional.

2.2. A análise de dados nacionais acerca da proteção ao direito à convivência familiar e comunitária

O presente trabalho, além de ser teórico, engloba a análise de dados que foram coletados pelo Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS, bem como a análise do documento intitulado “*Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País*”.

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede

SAC/MDS é realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República, por meio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança do Adolescente (SPDCA) e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Conta com o apoio do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) e do Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF).

Com base nos dados de 2003, aproximadamente 670 (seiscentos e setenta) instituições de abrigo em todo o Brasil recebiam benefícios através de recursos do Governo Federal por meio da Rede de Serviços de Ação Continuada (Rede-SAC) do Ministério do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome. No entanto, a pesquisa envolveu 589 (quinhentos e oitenta e nove) abrigos, totalizando, assim, 88% do total de instituições conveniadas à Rede SAC no momento da sua realização, na qual abrigavam aproximadamente 19.373 (dezenove mil trezentas e setenta e três) crianças e adolescentes¹.

Não obstante, ainda que este levantamento não contemple a totalidade de abrigos no Brasil, a pesquisa denota dados significativos no que tange a estrutura de atendimento, ao perfil e ao funcionamento das instituições que auferem recursos do governo federal. Além disso, de maneira especial, a pesquisa traz informações para aprimoramento das políticas públicas voltadas à promoção do direito à convivência familiar e comunitária para crianças e para adolescentes.

Com base no universo investigado, observa-se que das instituições contempladas pela Rede SAC, aproximadamente a metade localiza-se na região Sudeste (49,1% das instituições e 45% do total de crianças) e que a região sul concentra 20,7% das instituições investigadas e contempla 15,5% do total de crianças acolhidas, conforme demonstra a tabela 1.

Tabela 1 - TOTAL DE CRIANÇAS E DE ABRIGOS DA REDE SAC

Região	Nº Crianças Atendidas		Nº de Abrigos Região	
	Qtde	% do Total	Qtde	% do Total
Norte	370	1,9	25	4,2
Nordeste	5.693	29,4	112	19,0
Sudeste	8.716	45,0	289	49,1
Sul	3.008	15,5	122	20,7
Centro-oeste	1.586	8,2	41	7,0
Total	19.373	100,0	589	100,0

Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

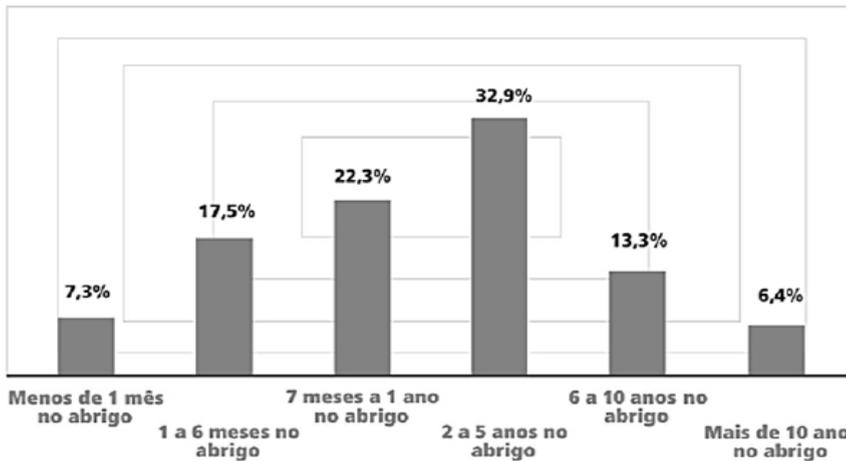
No que se refere à faixa etária das crianças e dos adolescentes acolhidos, Enid

1 O levantamento traz informações relevantes sobre o perfil de abrigados (as) por faixa etária (conforme sexo, raça e cor) - por exemplo, se mantêm o vínculo familiar, se frequentam escolas e qual o motivo de ingresso nas instituições - e vários dados em relação aos abrigos: quantos apoiam a reestruturação familiar; qual o atendimento que oferecem; qual a situação em relação à promoção dos direitos à convivência familiar e comunitária, definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), etc.

Rocha Andrade da Silva observa que na época de realização desta pesquisa, 11,7% tinham de zero a 3 anos; 12,2%, de 4 a 6 anos; 19,0%, de 7 a 9 anos; 21,8%, de 10 a 12 anos; 20,5%, de 13 a 15 anos; e 11,9% tinham entre 16 e 18 anos incompletos. Insta salientar que, embora da medida de abrigo se aplique somente à população menor de 18 anos, 2,3% dos pesquisados tinham mais de 18 (SILVA, 2004, p. 48).

Quanto ao tempo de permanência, segundo os dados apresentados no gráfico 1, 52,6 % das crianças e dos adolescentes estão nas instituições há mais de dois anos, ou seja, mais da metade dos pesquisados e, ainda, 6,4%, permanecem por um período superior a 10 anos.

Gráfico 1 - BRASIL: PROPORÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, SEGUNDO O TEMPO DE ABRIGAMENTO



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Diante do exposto, verifica-se que na maioria dos casos analisados, o período de acolhimento institucional ultrapassou, abusivamente, o tempo máximo de 2 anos previsto no art. 19, § 2º do ECA, evidencia-se, assim, o desrespeito aos direitos da criança e do adolescente, bem como aos princípios da excepcionalidade e da provisoriedade da medida.

Enid Rocha Andrade da Silva reforça que as consequências de um período de institucionalização prolongado para crianças e para adolescentes são muito conhecidas entre as pessoas e, principalmente, afetam a sociabilidade à manutenção de vínculos afetivos na vida adulta (SILVA, 2004, p. 64).

Dentre os principais fatores que contribuem para o não cumprimento dos princípios da excepcionalidade e da provisoriedade da medida de acolhimento institucional estão à reduzida fiscalização por parte do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselhos Tutelares e à colocação de crianças e de adolescentes em acolhimentos fora de seus municípios, nos termos dos estudos apresentados pelo IPEA.

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS demonstra que 86,7% dos abrigados têm família, sendo que 58,2% mantêm vínculos familiares. Além disso, a pobreza está entre os principais motivos do acolhimento institucional das crianças e dos adolescentes, correspondendo a 52%.

Conforme já mencionado, é relevante destacar que a pobreza não poderia ser apontada como motivo para o acolhimento em uma instituição. Isso porque, nos termos do ECA, as famílias que não conseguem cumprir com suas obrigações de proteção aos filhos por motivos de carência material devem ser incluídas, obrigatoriamente, em programas oficiais de auxílio. Contudo, em alguns casos, a pobreza pode estar vinculada a outros fatores determinantes da violação de direitos a população infanto-juvenil, justificando, assim, o acolhimento institucional.

No que tange ao direito à convivência familiar, o Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC/MDS analisou o atendimento promovidos pelas instituições de acolhimento através de quatro quesitos:

O primeiro, a preservação dos vínculos com a família de origem, no qual foram considerados dois grupos de ações desenvolvidas pelas instituições: ações de incentivo à convivência das crianças e dos adolescentes com suas famílias de origem e cumprimento do princípio de não-desmembramento de grupos de irmãos abrigados. Com base nos dados, verifica-se que somente 39 abrigos (6,6%) pesquisados desenvolvem as ações consideradas o mínimo razoável.

O segundo, o apoio à reestruturação familiar, na qual demonstra que 78,1% das instituições concretizam as visitas domiciliares às famílias; 65,5% dos abrigos realizam o acompanhamento social; 34,5% promovem reuniões ou grupos de discussão e de apoio para os familiares dos abrigados; e 31,6% realizam a inclusão em programas oficiais ou comunitários de auxílio/proteção à família. Contudo, observa-se, novamente, que ao analisar as instituições que realizam todas as ações o percentual reduz bastante, sendo 14,1% do universo pesquisado, ou seja, corresponde a apenas 83 abrigos. Um apontamento relevante para o estudo confirma que a “reestruturação familiar envolve fatores complexos, como o desemprego, por exemplo, que dependem muito mais de políticas públicas do que das próprias instituições de abrigo”.

O terceiro, o incentivo à convivência com outras famílias, no qual aponta que 140 abrigos (23,8% do total) estimulam a promoção da convivência de crianças e adolescentes abrigados com outras famílias. E que 67,5% das instituições promovem a integração em família substituta sob as formas de guarda, tutela ou adoção e 55,3% utiliza os programas de apadrinhamento.

Por fim, o quarto, a estrutura residencial do abrigo, na qual foram considerados dois quesitos: as instalações físicas, que evidencia que apenas 17,5% das instituições são consideradas adequadas, totalizando 103 abrigos, e o atendimento em pequenos grupos, que, de acordo com o levantamento, observa-se que 4,2% das entidades recebem um número de crianças e adolescentes maior do que 100.

Por outro lado, no que tange ao direito à convivência comunitária, a pesquisa nacional analisou através de dois quesitos:

O primeiro, a participação de crianças e adolescentes abrigados na vida da comunidade local, no qual se apresenta um quadro preocupante na tabela 2, pois apenas um terço (34,1%) dos abrigos pesquisados (201 instituições) utilizam serviços

externos disponíveis na comunidade para oferecer às crianças e aos adolescentes institucionalizados, tais como: creche; ensino regular; profissionalização para adolescentes; assistência médica e odontológica; atividades culturais, esportivas e de lazer; e assistência jurídica, nos termos da tabela apresentada. As demais (65,9%) oferecem pelo menos um desses serviços tão somente dentro da instituição.

Tabela 2 - PARTICIPAÇÃO NA VIDA DA COMUNIDADE LOCAL

CRITÉRIO CONSIDERADO	ABRIGOS QUE ATENDEM (%)
1. Utilizam serviços especializados existentes na comunidade	34, 1%

Fonte: IPEA/DISOC, Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC (2013).

Resta, por fim, o segundo, a participação de pessoas da comunidade no processo educativo do abrigo, no qual se demonstra que 35,1% das instituições contam com trabalho voluntário em suas equipes técnicas e 30,2% têm voluntários que realizam serviços complementares, por outro lado, apenas 18,5% (109 abrigos) têm pessoas da comunidade que cooperam nos dois grupos de atividades.

Além disso, acerca do incentivo à participação da vida em comunidade, Enid Rocha Andrade da Silva aduz que deve ser concretizada pela garantia de acessos das crianças e adolescentes abrigadas às políticas básicas e as atividades oferecidas pela comunidade, tais como: lazer, esporte, religião e cultura. E que, infelizmente, a pesquisa traz um dado preocupante: que apenas 6,6% das instituições utilizam todos os serviços disponíveis na comunidade (SILVA, 2004, p. 234).

Em uma perspectiva mais atual e abrangente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através da Resolução n. 71, de 15 de junho de 2011, realizou um levantamento - Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País - que inspecionou até março de 2013, 86,1% de todas as entidades do Brasil, que corresponde a 2.370 entidades. Constata-se na inspeção que das 30.340 crianças acolhidas, 29.321 estão em abrigos institucionais e somente 1.019 são atendidas em programas de acolhimento familiar.

No contemporâneo documento, elaborado pelo CNMP, demonstra que, em 2013, os motivos pelos quais as crianças e os adolescentes são abandonados nas instituições variam entre negligência, violência, carência material, abandono, entre outros. Entretanto, a negligência dos pais ou dos responsáveis (81%) e a dependência por drogas ou por álcool dos pais ou dos responsáveis (81%) representam as duas principais razões do acolhimento institucional (84%). A terceira maior causa é o abandono (78%), seguido pela violência doméstica (57%) e pelo abuso sexual (44%). A justificativa para que o somatório dos índices ultrapassem 100% decorre do fato de que os investigados poderiam alegar mais de um motivo como causa de acolhimento, durante a realização da pesquisa.

Nesse sentido, portanto, com base nos ensinamentos de Irene Rizzini, existem impasses na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária para

as crianças e os adolescentes. Tais impasses necessitam ser superados por meio da elaboração conjunta de planos de ações não somente com organizações de defesa e operação dos direitos da infância e da juventude, mas também com as instituições de atendimento, com o intuito de que as decisões sejam tomadas de maneira coletiva, com a participação de todos os atores que estão inseridos no sistema de garantia de direitos (RIZZINI, 2007, p. 131).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas existentes no nosso país representam, na atualidade, um dos maiores desafios a serem enfrentado no que se refere à proteção integral da população infanto-juvenil. Com base nisso, este artigo teve o intuito de sistematizar questões inerentes acerca das políticas sociais protetivas como forma de avaliar o direito à convivência familiar e comunitária.

É possível constatar que, historicamente, a família e a sociedade são reconhecidas como o local imprescindível, não apenas para o desenvolvimento da personalidade e valores de uma pessoa, mas, também, para a plena efetivação dos direitos fundamentais, independentemente da sua maneira de composição ou de estruturação.

No Brasil, os preceitos de garantias de direitos da criança e do adolescente passou por significativas reformulações com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do ECA, de modo em que passaram a ser considerados sujeitos de direitos no nosso ordenamento jurídico.

As normas e os instrumentos legislativos regulamentam a incumbência à família, a sociedade e ao Estado de proporcionar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária para a infância e a juventude. Nesse sentido, observa-se que o acolhimento institucional torna-se uma medida de atendimento às famílias que estão em uma situação de maior vulnerabilidade social. Assim, considerando a realidade analisada, a pergunta que persiste é: as políticas públicas, existentes na atualidade do nosso país, garantem o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária?

As ações, que os governos decidem colocar em prática, com a finalidade de diminuir os problemas públicos existentes na sociedade têm uma contribuição insuficiente para amenizar as condições de vulnerabilidade das famílias, tratando-se de uma dificuldade sob a perspectiva do direito público.

Mas, certamente, é preciso destacar que o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária representou um marco nas políticas públicas brasileiras, ao reforçar o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários.

Diante dos dados apresentados, tanto no Levantamento Nacional de Abrigos da Rede SAC/MDS, quanto no documento 'Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento no País', é possível assegurar que a proposta de proteger as crianças e os adolescentes de maneira integral deparou-se com barreiras para efetivação dos direitos fundamentais, em uma conjuntura na qual o Estado fornece condições

mínimas de assistencialismo às famílias. Dentre os principais obstáculos evidenciados para a eficácia das políticas de atendimento, sobressaem-se não apenas a falta de cumprimento do PNCFC, mas, sobretudo, a ausência de políticas públicas capazes de solucionar as ameaças e as violações de direitos à infância e juventude.

Por fim, registra-se que é necessário melhor aparelhar a estrutura das políticas públicas existentes no Brasil contemporâneo para garantir o direito à convivência familiar e comunitária para aqueles que mais necessitam. Além disso, a plena efetivação dessas ações depende de uma adequada formação de uma rede de atendimento, composta pela cooperação de diversos órgãos e autoridades de diferentes áreas, e de um sistema de proteção e de garantia de direitos, cuja estrutura de funcionamento abrange a integração da sociedade e do Estado.

Mais do que detectar a ausência de políticas públicas eficazes, é imperiosa a conscientização coletiva quanto à gravidade deste problema. E que os desafios, aqui expostos, sejam combatidos através de uma operacionalização que garanta soluções concretas, de modo que o poder público assuma o compromisso de impedir a violação dos direitos da população infanto-juvenil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança no novo direito de família.** In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos - Sobre os fundamentos dos direitos do homem.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de outubro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, Brasília, DF, Senado Federal, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 de dezembro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social. PNAS/2004. Brasília, 2004. Disponível em: <www.mds.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília, DF, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução 71, de 15 de junho de 2011. Um Olhar Mais Atento aos Serviços de Acolhimento de Crianças e Adolescentes no País, 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Res_71_VOLUME_1_WEB_.PDF. Acesso em: 20 abr. 2017.

CONVENÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. UNICEF. 1989. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id109.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente.** Criciúma: Unesc, 2009.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária – contextualizando com as políticas públicas (in)existentes.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

IPEA/CONANDA. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Brasília, 2004.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003.

MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Poder familiar.** In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **O preço do afeto.** In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZINI, Irene. **Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção de**

direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. São Paulo; Brasília: Cortez; UNICEF, 2007.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. (Coord). **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Brasília: IPEA/ CONANDA, 2004.

SILVA, Izabella Régis da. **Caminhos e (des) caminhos do Plano nacional de convivência familiar e comunitária: a ênfase na família para a proteção integral de crianças e adolescentes.** Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2010.

SIQUEIRA, A. C. e DELL'AGLIO, D. D. **Políticas públicas de garantia do direito à convivência familiar e comunitária.** Psicologia & Sociedade, 2011. p. 262-271.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Editora LTR, 1999.

Artigo recebido em: 04/05/2017

Artigo aceito em: 08/07/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

II. DOCTRINA INTERNACIONAL

**1. COMPETITIVIDADE E SUSTENTABILIDADE TRIBUTÁRIA: O
DESAFIO EM ECONOMIA ABERTA**

**1. TAX COMPETITIVENESS AND SUSTAINABILITY: THE CHALLENGE
IN OPEN ECONOMY**

João Ricardo Catarino¹

¹ Agregado em Finanças Públicas pela Universidade de Lisboa (UL). Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Pós graduado em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu e Licenciado em Direito, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (UL); Professor do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa; Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa, classificado como Muito Bom pela FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia. Membro de diversas Comissões de Reforma Tributária: Tributação do consumo (IVA) (1986), do rendimento (1989), do património (2004) e do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (2014). Árbitro no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária. Portugal.

E-mail: jcatarino@iscsp.ulisboa.pt.

Como citar este artigo:

CATARINO, João Ricardo. **Competitividade e sustentabilidade tributária: o desafio em economia aberta**. Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul. 2017; v. 1 (1): 110-124.

RESUMO

A concorrência fiscal internacional é um fenômeno que tem conhecido uma acelerada evolução nos anos mais recentes. Ela influencia o modelo de ação dos Estados e das administrações públicas contemporâneas. Algumas instituições internacionais de referência têm procurado adotar princípios visando minimizar o impacto negativo dessas, como é o caso da União europeia e da OCDE. Neste trabalho procura-se dar conta dos efeitos nefastos do impacto da globalização dos modelos fiscais contemporâneos, forçando os Estados a adotar regimes e práticas lesivas de outros em concorrência aberta. Apreciam-se ainda os esforços desenvolvidos pela UE e para OCDE, bem como o impacto e os riscos que permanecem quanto às práticas fiscais e concorrências desleais, quer para os países mais desenvolvidos quer para os ainda em desenvolvimento.

Palavras-chave: Concorrência fiscal prejudicial. Imposto. Erosão das bases tributárias.

ABSTRACT

The international tax competition is a phenomenon that has known an accelerated revolution in the recent years. It influences the model of action of States and contemporary public administrations. Some renowned international institutions have sought to adopt principles aiming to minimize their negative impact, such as European Union and the OECD. In this work is intended to handle the nefarious effects of the impact of contemporary tax models of globalization, forcing the States to adopt regimes and harmful practices of others in open concurrence. It also contemplates the efforts developed by the EU and by the OECD, as well as the impact and the remaining risks of fiscal practices and unfair competition, for the more developed countries and for those still in development.

Keywords: Harmful tax competition. Tax. Erosion of tax bases.

INTRODUÇÃO

A mera observação da realidade mostra quão diversos são hoje os regimes econômicos e políticos. Mas evidencia também o relevante peso político, econômico e financeiro que os Estados ocupam em qualquer zona do mundo. Vivemos claramente num mundo complexo em todos os domínios.

O Estado é uma emanção das sociedades políticas, existindo para realizar os fins essenciais que as comunidades que lhe servem de substrato se propõem alcançar, tais como a segurança, a justiça e o bem-estar. Assim, no âmbito da sociedade política a que respeita, o Estado configura-se, antes de mais, como o ente público supremo que, para corresponder aos anseios dos grupos humanos que se acolhem no seu seio e que são a expressão da sua vitalidade, tem de assegurar, de forma continuada e por tempo

indeterminado, quer através de órgãos intermédios que manifestam a sua vontade, quer por intermédio de entes menores que com ele cooperam, um certo número de atividades centradas na satisfação das necessidades coletivas. São as atividades que constituem as chamadas funções do Estado. Dentre as atividades ou funções que ao Estado incumbe desenvolver, recortam-se, desde logo, as seguintes:

- A que diz respeito à criação do Direito legislado, isto é, à formulação das normas jurídicas de caráter geral, abstrato e impessoal que visam disciplinar as relações ou situações que resultam da vida em sociedade;

- A que tem por objetivo a organização e a conservação da sociedade política, a orientação da vida dos cidadãos conforme a expressão dos interesses coletivamente sentidos, bem como a condução dos negócios públicos internos e da política externa;

e,
- A que visa à realização da justiça, compreendendo a resolução jurisdicional dos litígios, a reposição dos direitos e interesses violados e a repressão das ofensas à lei.

Destacam-se, assim, numa primeira aproximação ao papel dos Estados, três tipos de atividades - atividade legislativa, atividade política ou governamental e atividade judicial - que constituem a trilogia tradicional das funções estaduais, cuja realização incumbe aos órgãos de soberania, isto é, aos órgãos legislativos, aos órgãos políticos e aos tribunais, em correspondência com a divisão dos poderes hoje em dia, acatada em todas as constituições das sociedades democráticas. Até aqui, nada de novo.

Todavia, entende-se hoje que a eficácia da atuação do Estado ficaria comprometida se este se limitasse apenas a assegurar o desempenho das funções acima aludidas, deixando aos particulares a incumbência de zelarem pela manutenção da ordem social estabelecida e, bem assim, a criação das condições tendentes à satisfação das suas necessidades. Por isso, a par daquelas funções, e em complemento das mesmas, o Estado veio a assumir outras, de contornos multifacetados, em ordem a tornar exequível a aplicação das leis e a prevenir a sua violação, a assegurar a realização prática das políticas e das decisões emanadas dos governantes, enfim, a produzir bens e serviços destinados à satisfação das necessidades coletivas. É no âmbito desta vertente da intervenção do Estado, a qual configura a chamada função administrativa, que são realizadas as suas atribuições de natureza social e econômica, através do seu braço executivo, a Administração Pública. As administrações públicas são hoje chamadas a executar um conjunto vasto e complexo de políticas públicas, nem sempre inteiramente harmonizáveis entre si pacificamente.

No auge do liberalismo político e econômico (de meados do século XIX até o fim da primeira Guerra Mundial) a função administrativa do Estado caracterizava-se por ser, fundamentalmente, uma atividade policial e financeira, na medida em que o seu domínio se limitava praticamente à manutenção da ordem e da segurança pública interna, à defesa contra as ameaças do exterior, à orientação da conduta dos cidadãos conforme os imperativos disciplinadores da vida social, à garantia do funcionamento das regras da livre concorrência, enfim, à obtenção de meios financeiros destinados a servirem de suporte às despesas públicas. Não é que o Estado liberal tenha se apartado de todas as preocupações conexas com o bem-estar material e espiritual da

coletividade. Com efeito, assegurou a realização de alguns programas rudimentares no domínio social, relacionados com a instrução, com as condições de trabalho, com a saúde e com a assistência. Por outro lado, pôs em prática programas mínimos de criação de infraestruturas necessárias ao funcionamento da economia.

Na segunda metade do nosso século, um fenômeno novo passou a dominar a dinâmica do papel do Estado. Tratou-se do reconhecimento da necessidade de uma crescente intervenção dos poderes públicos ao nível da sociedade global, em ordem à coordenação e à promoção dos esforços visando ao progresso econômico orientado para o bem-estar social, à defesa dos indivíduos contra os riscos e efeitos perversos da vida em sociedade e à atenuação das desigualdades sociais.

Duas ordens de razões estão na base desta nova concepção acerca das responsabilidades do Estado moderno. Por um lado o desejo dos homens de ascenderem a estados superiores de existência, desejo motivado pelo seu cada vez menor conformismo com as chagas sociais - a fome, a doença, a miséria e as injustiças. Os poderes públicos não puderam ficar indiferentes perante os clamores que, por toda a parte se ergueram contra as desigualdades e as condições infra-humanas a que o liberalismo tradicional, sustentado pelo capitalismo selvagem condenou grande parte da humanidade.

Por outro lado, assistiu-se à tomada de consciência generalizada a respeito das possibilidades de um crescimento econômico socializado, graças aos meios postos à disposição das sociedades pelo progresso das ciências e das técnicas. Com efeito, não só o desenvolvimento das ciências sociais, especialmente da economia, permitiu submeter os mecanismos da vida em sociedade a um controle racional e consciente, como também o progresso científico e técnico em geral permitiu reunir as condições para um desenvolvimento harmônico, através do qual foi possível vencer os obstáculos.

À medida que foi sendo possível aos indivíduos e aos grupos dominarem o seu destino, as sociedades atingiram graus de complexidade tais que os desafios que passaram a ter de fazer face, deixaram de poder ser vencidos pelas iniciativas individuais, mas tão-somente através do esforço coletivo dinamizado e coordenado por uma autoridade capaz de suprir as deficiências dos cidadãos isolados e dos grupos restritos. Não só o progresso, mas também a própria sobrevivência das sociedades passou a depender do Estado. Na verdade, como lembra Marques Guedes, “por toda a parte, a onerosidade e os riscos de descoordenação inerentes à aplicação dos frutos do conhecimento científico e do vertiginoso progresso das técnicas à vida social e econômica, de modo a conseguir o seu crescimento compassado e harmonioso, tornaram claro só poder essa aplicação ser levada a efeito de maneira global e, consequentemente, sob a égide do Estado”.

Assim, o que caracteriza o Estado dos nossos dias é o empolamento ou a proliferação crescente das suas atribuições e dos seus domínios de intervenção. Ao Estado liberal dos finais do século XIX e princípios do atual, que era quase só um promotor da ordem e segurança da sociedade, sucedeu, gradativamente, embora com ênfase a partir da primeira guerra mundial, um Estado interventor, o Estado social de que falava Schumpeter, o qual passou a assumir um importante papel em áreas até então subtraídas à sua responsabilidade, designadamente nas áreas econômica,

social, científica e cultural, tudo em nome do crescimento econômico, do bem-estar generalizado e da dignificação dos indivíduos e dos grupos em que estes se integram.

Para tanto, concorreram a evolução do pensamento econômico liberal, a evolução interna das economias liberais e a ocorrência de fatos políticos que determinaram a sucessiva intervenção dos Estados. Em matéria econômica, para além dos aspectos fiscais e das crescentes necessidades de regulação da economia, o Estado atua sobre o mercado, controlando-o ou neutralizando as suas incertezas; influencia a procura global; age como empresário, explorando recursos ou produzindo bens e serviços destinados à comunidade; cria infraestruturas; faz face às crises; enfim, estabelece planos e programas de ação, em ordem a satisfazer as exigências de um desenvolvimento harmônico e equilibrado.

Na esfera social, a ação do Estado, inicialmente centrada em preocupações de cariz predominantemente humanitário, disparou em múltiplas direções, abarcando praticamente tudo o que tem a ver com a segurança e com as condições de vida dos indivíduos e das famílias, designadamente: a luta contra a doença e a preservação da segurança coletiva, do bem-estar social, e ainda, do papel de supervisor e de controlador da economia e da vida social. Hoje em dia, o Estado constitui um dos elementos de uma complexa estrutura política, econômica e social. A sua ação reflete-se, positiva ou negativamente, na vida de todos os cidadãos, nas coletividades e nas empresas. Positivamente, quando presta serviços ou fornece bens que visam à satisfação das necessidades coletivas e a promoção do bem-estar dos indivíduos e das famílias, ou quando cria infraestruturas que favorecem o desenvolvimento econômico; negativamente, quando desenvolve atividades que se traduzem em constrangimentos, tais como a cobrança de impostos e a complexa regulamentação que afeta a liberdade de ação dos indivíduos e dos agentes econômicos e lhes impõe incômodas e dispendiosas obrigações administrativas, controladas por uma máquina tendencialmente tentacular.

No último século o Estado foi se assumindo, progressivamente, como o único ente capaz de dar resposta aos intrincados problemas postos pelo crescimento econômico, pelas incapacidades do mercado (market failure), pelo desejo generalizado do progresso social e pela cada vez menor possibilidade de os indivíduos, isoladamente, fazerem face às contingências da vida em sociedade.

Por isso, aquilo a que atualmente se assiste é a uma vinctada presença dos poderes públicos em todos os domínios da vida social e econômica, não sem alguma preocupação motivada pelo receio de a sociedade civil soçobrar perante a desmesura de um Estado faustiano, e o inevitável crescimento do aparelho que lhe está subjacente. A assinalada omnipresença dos poderes públicos, ao mesmo tempo que constitui o centro das críticas dos defensores da importância da iniciativa privada e das virtudes reguladoras do mercado, que a consideram como fonte de todos os males das sociedades contemporâneas, é, também motivo de preocupação entre os adeptos de uma concepção providencial do Estado, tida como solução mais favorável para a compatibilização entre o crescimento econômico e o bem-estar generalizado, bem como para a redução da conflitualidade social.

Assim, entre as duas concorrentes que polarizam a discussão sobre o papel do Estado no contexto da dicotomia privatização/socialização - o “neo-liberalismo”

e o “social estatismo” - parece haver concordância relativamente ao empolamento do setor público, embora, obviamente, sejam diferentes as motivações de base ideológica que servem de pano de fundo às soluções preconizadas por uma e outra das mencionadas correntes.

1. A COMPETITIVIDADE FISCAL GERADORA DE CONCORRÊNCIA

São várias as manifestações visíveis da intervenção do Estado, que, de uma ou de outra forma, inquietam os observadores mais atentos e suscitam opiniões contraditórias sobre o seu impacto na vida social e econômica. Para uns, trata-se de saber qual o grau de intervencionismo tolerável, por forma a não ser afetado o crescimento econômico, a não regredir a protecção social e a redução das desigualdades proporcionadas pelo Estado-Providência, e bem assim, a ser evitada a invasão da vida privada e a submissão da sociedade civil à sociedade oficial. Para outros, é o próprio intervencionismo econômico e social que está em causa. Como o afirma Pierre Rosanvallon, “tudo se passa como se coexistissem dois Estados no Estado moderno, um garante a democracia e as liberdades essenciais, bem como do livre jogo do mercado, e outro, perverso, porque interventor em domínios que exorbitam da sua esfera natural, logo destruidor das liberdades e das virtudes da iniciativa individual e demolidor da sociedade civil”. Assim, o problema dos limites da intervenção dos poderes públicos resume-se à conservação do primeiro e à retenção ou supressão do segundo.

De entre as manifestações que caracterizam a intervenção do Estado dos nossos dias e que são consideradas como eventuais fontes de efeitos perversos, destacam-se:

- O crescimento desmesurado das despesas públicas;
- A incidência, para além do razoável, dos encargos fiscais obrigatórios;
- A assunção de atividades para as quais o Estado não está vocacionado;
- O empolamento da Administração pública, por sua vez gerador de uma máquina administrativa e tributária nem sempre eficiente.

A análise integrada de todas estas questões, sobretudo no que se refere às suas causas e repercussões econômicas e sociais, impõe-se como metodologia para a abordagem do papel e do posicionamento dos poderes públicos e da competitividade fiscal em economia aberta nas sociedades contemporâneas. Não podendo, por razões óbvias, ser tão vasto o objeto deste trabalho, centrar-nos-emos, naturalmente, de forma sucinta nas condições do exercício da atividade pública, tão múltiplas e tão dispersas são as funções que o Estado assumiu, criando uma estrutura funcional dantesca, por vezes asfixiante. Desta realidade resulta a já muito debatida questão da “centralidade” da pessoa do Estado e da forma como, perante os atuais desafios do globalismo e do regionalismo europeu, ele se deverá equacionar, tornando propositado o debate de concentração, versus regionalização. É que vivemos num mundo de economias globalizadas, abertas, independentes, que leva à competitividade das nações, não apenas dos agentes econômicos em geral, como era costume.

As administrações públicas contemporâneas refletem este paradigma. Sucede que um elemento estruturante, senão mesmo decisivo, desta competitividade

é o que decorre da política fiscal dos Estados. A ação destes nos planos financeiro, econômico e social como forma de atrair investimentos, foi vista, até há poucos anos, como algo estruturante, inerente à função de soberania. Mais ainda, tais políticas, em especial nos domínios da tributação das sociedades e da poupança, eram tidas como algo essencialmente positivo na medida em que se traduziam numa redução das cargas fiscais excessivas e como meio de compensação de desvantagens competitivas naturais, como as de ordem geográfica ou escassez de recursos naturais, sempre bem vista, sendo, pois, objeto de um juízo de valor benéfico ou positivo.

2. CONCORRÊNCIA FISCAL E PREJUDICIALIDADE INTERNACIONAL E SUATENTABILIDADE FINANCEIRA

Hoje, porém, a visão que se tem da ação dos Estados é bastante diferente. O que alguns designam de “mercado dos impostos” leva à concorrência fiscal. Esta, em economia aberta, não produz apenas efeitos puramente internos, como era habitual, mas tem-se traduzido numa erosão das receitas fiscais de outros Estados. Ou seja, num plano de ação globalizado e aberto e, sobretudo quando os Estados se acham integrados em espaços econômicos integrados, como é o caso da União Europeia ou até do Mercosul, embora com diferentes intensidades, a ação concorrencial fiscal de uns pode prejudicar os interesses de outros. O fenômeno é de tal modo relevante que, há bem pouco tempo, a Chanceler Merckl afirmou que a política fiscal da Irlanda, que consagra uma baixa tributação no imposto sobre as sociedades nesse país e nos ganhos de capitais, era agressiva em parte pela capacidade financeira que resultava dos fundos estruturais vindos da União. Se nos lembrarmos que a Alemanha é o maior contribuinte líquido, entenderemos o significado profundo dessa declaração. Os Estados não estão dispostos a sofrer as consequências nefastas das políticas fiscais agressivas dos outros, a que estão especialmente expostos em espaços econômicos integrados.

Daí, no plano interno comunitário surge a necessidade de compatibilizar princípios distintos, senão mesmo contraditórios, sucessivamente reafirmados nos textos fundamentais da União, como o do mercado aberto e de livre concorrência entre as empresas; os princípios de cooperação, solidariedade e lealdade que devem regular as relações entre os Estados-membros e o princípio da subsidiariedade e da prevalência da soberania fiscal estadual.

A necessidade de limitar as políticas fiscalmente competitivas e negativamente agressivas dos interesses de outros Estados soberanos tem merecido particular atenção por parte dos organismos internacionais, de que destacaremos o trabalho desenvolvido pela UE e pela OCDE.

2.1. A Regulação Comunitária Da Concorrência Fiscal – O Código De Conduta Europeu

Como é sabido, a UE tem tido dificuldades de implementação de uma verdadeira política fiscal comunitária. Os campos da harmonização / coordenação fiscal têm incidido, sobretudo, no domínio da tributação indireta (IVA e 2) e de algum

modo em alguns aspectos da tributação das empresas, na parte que tem a ver com a distribuição dos lucros, a tributação das mais-valias de participações sociais, os efeitos fiscais das fusões e cisões, as relações entre sociedades mães e filhas, mas sempre debaixo das preocupações de manter uma sã política concorrência em sentido mais vasto.

Ora, a concorrência fiscal tem uma dupla face: De um lado, dentro de certos limites, pode ser e é benéfica, na medida em que estimula o crescimento econômico, serve de fator de dinamização das economias e leva a uma certa medida de harmonização de fatos dos sistemas fiscais. Mas também pode ter efeitos perversos. A concorrência aberta e desenfreada entre os sistemas fiscais tende a conduzir à erosão das bases fiscais dos Estados-membros, agravando os défices públicos e a maiores dificuldades na manutenção por parte das amplas políticas públicas, sobretudo sociais, indutores de fortes gastos públicos. Pode-se assim justificar-se a tomada de medidas que visem evitar o falseamento da concorrência no mercado interno europeu, impedindo e restringindo práticas prejudiciais induzidas pelo comportamento fiscal dos Estados.

Em geral, a União tem procurado neutralizar as médias consideradas nefastas para a concorrência econômica, respeitando o princípio da subsidiariedade e a identidade das políticas fiscais nacionais. A ação comunitária tem-se manifestado essencialmente de três modos distintos, a saber:

A via normativa, através de atos próprios das instâncias da União, através de Diretivas sobre domínios como a poupança, a tributação dos juros e dividendos, entre outros;

A via administrativa, clarificando as regras quanto à admissibilidade de auxílios de Estado pela via de isenções, desagravamentos e outras medidas similares de índole fiscal;

A via da concertação política, pela tomada de compromissos visando assegurar sãs políticas fiscais, hoje essencialmente plasmadas no Código de Conduta sobre a Fiscalidade das Empresas;

Analisaremos em particular a via da concertação política que se desdobra tanto na numa coordenação mais estreita das políticas fiscais dos Estados, a que o Conselho Europeu tem estado especialmente atento, sobretudo no que tange à tributação dos rendimentos das pessoas coletivas, como da aceitação de um sistema de supervisão multilateral, através de garantias de acesso e análise por qualquer Estado-membro, das medidas tomadas pelos outros e do reforço da cooperação interestadual.

O Código de Conduta é um compromisso político no domínio da fiscalidade das empresas, pelo que não afeta os direitos e as obrigações dos Estados-membros nem as demais competências da União Europeia, pelo que não está sujeito à jurisdição do TJCE. Mas nem por isso se deve duvidar da sua eficácia. Os fatos mostram que ele tem sido um instrumento muito eficaz no combate às práticas fiscais concorrenciais prejudiciais, embora um texto jurídico vinculativo fosse preferível. O relatório anual que a Comissão tem apresentado ao Conselho europeu como consequência da vigilância que realiza complementam a eficácia dissuasiva do Código de Conduta.

Por outro lado, cinge-se à fiscalidade das empresas, mas abrange potencialmente todas as medidas potencialmente danosas da concorrência, quer

estas decorram de regras legais ou regulamentares internas, quer resultem da ínvia interpretação das regras dos Tratados ou do acervo de legislação comunitária.

O Código de Conduta considera prejudiciais todas as medidas fiscais que reúnem dois requisitos: (1) sejam suscetíveis de evidenciar uma certa influência na localização das atividades econômicas e, (2) que levem a um nível de tributação efetivo, significativamente inferior ao normalmente aplicado no Estado-membro em causa (v. g. taxas de imposto mais favoráveis, regimes de acesso a benefícios mais aberto, exclusão parcial de certos rendimentos mediante requisitos de fácil cumprimento, e de fato, abertos a todos os operadores econômicos, etc).

Não estão aqui em causa todas as medidas fiscais que permitam aceder a um nível de tributação inferior, quando isso resulte de “qualquer outro fator pertinente” como é o caso das deduções, dos abatimentos e das isenções genericamente aplicáveis.

O Código de Conduta também se traduz num forte incentivo à luta contra a fraude e evasão fiscais internacionais por prever a troca de informações entre Estados-membros, por visar o reforço das regras anti abuso nas legislações internas e nos Acordos sobre Dupla Tributação.

Finalmente, o Código de Conduta embora se limite ao espaço económico da União, contém o compromisso da adaptação dos princípios destinados à eliminação das medidas fiscais prejudiciais, quer em países terceiros, através das instituições internacionais de que também são membros, com especial destaque para a OCDE, quer nos seus próprios territórios, dependentes ou associados. Nestes, embora os Tratados não se apliquem, está assumido o dever de assegurar a aplicação dos princípios enunciados no Código, nomeado e especificamente, quer por abandonarem regimes fiscais privilegiados ou prejudiciais neles em vigor, quer por se absterem de implementar novos regimes que sejam contrários aos princípios instituídos.

A qualificação de uma medida como potencialmente prejudicial encontra-se dependente de uma avaliação, efetuada de acordo com cinco critérios, não taxativos nem cumulativos, inspirados em trabalhos da OCDE, a saber:

a) Critério da atribuição das vantagens a não residentes (“ring fencing”) – de acordo com este critério, tem-se em vista apurar se as vantagens fiscais são concedidas exclusivamente a não residentes ou as transações são apenas efetuadas com não residentes. Na sua aplicação prática, este critério foi subdividido em dois, um assentando numa interpretação literal do Código (com base na ideia de total exclusividade), outra, inspirada na óptica da OCDE, menos exigente quanto a exclusividade;

b) Critério dos efeitos na economia interna do Estado-membro – pretende-se apurar se as vantagens concedidas são totalmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional. Este critério foi igualmente subdividido tendo em conta duas leituras, uma literal (o isolamento deve ser total), outra mais próxima do ponto de vista da OCDE (que não exige a totalidade absoluta do isolamento das vantagens);

c) Critério da contrapartida da atividade económica real ou da presença económica substancial – ambiciona-se apurar se os benefícios fiscais são concedidos mesmo que não exista qualquer atividade económica real nem qualquer presença económica substancial no Estado-membro que proporcione esses benefícios;

d) Critério do método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional – o critério visa apurar se o método utilizado se afasta dos princípios, geralmente, aceitos a nível internacional, nomeadamente das regras aprovadas pela OCDE, como as relativas a preços de transferência, ou dos princípios consignados na convenção modelo OCDE em matéria de determinação dos lucros dos estabelecimentos estáveis;

e) Critério da transparência – tem em vista apurar se as medidas fiscais e as disposições legais são aplicadas de forma menos rigorosa ou discriminatória no plano administrativo.

Não se tratam de critérios de aplicação isolada ou excludente em termos tais que a aplicação de um exclua outro. Pelo contrário, os critérios complementam-se em vista à determinação da prejudicialidade de um regime. Em resultado da aplicação do Código de Conduta, foi efetuado um levantamento das medidas potencialmente prejudiciais, tendo os Estados-membros sido convidados a efetuar uma análise das mesmas à luz dos princípios do Código. Em resultado do trabalho desenvolvido ao longo dos anos desde 1997, e em conjugação com os esforços da OCDE, de que falaremos adiante, muitas das medidas prejudiciais foram objeto de desmantelamento ou têm vida útil temporalmente delimitada após o que não poderão ser de novo tomadas.

Esta atitude insere-se no compromisso adotado, de duplo sentido:

Em primeiro lugar, o congelamento de novas medidas prejudiciais - standstill;

Em segundo lugar, o seu desmantelamento – roll-over;

Efetivamente, o Código veio consagrar uma cláusula de standstill, nos termos da qual os Estados-membros se obrigam à adoção dos princípios do Código na implementação de modificações futuras aos seus sistemas fiscais. Depois, veio ainda determinar o desmantelamento de todos os regimes internos que violem os princípios do Código, num período inicialmente estimado de cinco anos. Os resultados foram positivos, tendo sido desmantelados os regimes mais claramente violadores daqueles princípios e adaptados os que continham medidas dotadas de alguma prejudicialidade.

2.2. A Regulação Da Concorrência Fiscal Na OCDE – O Relatório Das Práticas Fiscais Prejudiciais

Em 1999, Jeffrey Owens, da OCDE, salientava que, nos últimos 15 anos, praticamente, todos os países da OCDE adotaram, sob diversas formas, regimes fiscais preferenciais, enquanto no mesmo período de tempo o número de paraísos fiscais aumentou para quase o dobro. Esta declaração espelha bem a atualidade do tema.

De fato, as preocupações da OCDE não eram novas. Já em meados dos anos setenta do passado século, onde embora timidamente, se aforaram os problemas da concorrência fiscal entre Estados geograficamente próximos e no quadro das relações de boas práticas econômicas internacionais. Depois disso, mercê em larga medida do fenômeno de globalização, a preocupação da OCDE tem sido crescente, desembocando num Relatório de fundo que foi apresentado pelo Comitê dos Assuntos Fiscais sobre a Concorrência Fiscal Prejudicial, ainda sem qualquer força vinculativa, o Harmful

Tax Competition: An Emerging Global Issue, de 28.4.1998. Mais recentemente, o Relatório BEPS – Base erosion and profit shifting e o Plano de Ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, também da OCDE, vieram atualizar as coordenadas diretoras do problema, tal como este organismo as entende (OCDE, 2013 e 2014 respetivamente).

O relatório de 1998 foi formalmente a base de uma Recomendação do Conselho da OCDE, que visou abranger debaixo do conceito de práticas fiscais prejudiciais tanto os denominados paraísos fiscais como as práticas ou regimes fiscais preferenciais. Tem-se em vista na OCDE a luta contra os nefastos efeitos que as práticas de concorrência fiscal desleal provocam nas relações econômicas e nas decisões de investimento, com especial incidência para as atividades financeiras e de prestação de serviços, em todos os países membros. Ele abrange, assim, “as atividades financeiras e outros serviços geograficamente móveis”. Trata-se de um conceito suficientemente amplo para incluir um extenso leque de atividades. A dinamização dos trabalhos neste domínio tem estado a cargo do Fórum para as práticas fiscais prejudiciais, enquadrado no Comitê dos Assuntos Fiscais da OCDE, desde 1998.

Tem cabido a este fórum a tarefa de coordenar os trabalhos de inventariação dos regimes prejudiciais, de criação de uma lista mundial de zonas de muito baixa tributação (paraísos fiscais), de avaliação dos regimes em vigor naquela data e de adoção de medidas de desmantelamento.

O relatório da OCDE de 1998 efetua uma clara distinção entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais ainda hoje em vigor. Para os primeiros são os seguintes os fatores de identificação:

Tributação inexistente ou insignificante dos rendimentos – trata-se aqui de uma condição necessária e, também, suficiente se for demonstrado que a jurisdição em causa for reconhecida como um local onde os agentes econômicos podem evadir-se à tributação nos seus países de sede ou residência;

Ausência de uma troca efetiva de informações;

Falta de transparência das disposições legais ou administrativas existentes, emergente, por exemplo, da não publicação das regras do regime ou do seu acesso de forma restrita;

Ausência de atividades econômicas substanciais, traduzida na falta de imposição de que a atividade econômica desenvolvida seja relevante ou, na atração de investimentos apenas por razões estritamente fiscais.

São os seguintes os fatores de identificação dos regimes fiscais preferenciais:

Taxas de tributação efetivas nulas ou mínimas – trata-se de um fator necessário, mas não suficiente para a sua qualificação como preferencial. Deve ser visto como um ponto de partida para a investigação;

A existência de regimes fiscais total ou parcialmente isolados dos mercados domésticos dos países em causa – quer por excluir os residentes do seu âmbito apenas com fundamento no fator residência, quer impedindo entidades beneficiárias do regime preferencial de atuar no mercado doméstico;

Falta de transparência tanto no que respeita à concepção do regime quer quanto à sua aplicação prática por ausência ou não divulgação do quadro legal ou administrativo;

Tal como sucedeu no âmbito da UE também os EM's da OCDE se comprometeram a não adotar novas medidas ou regimes considerados prejudiciais e a dismantlar os existentes, bem como a remover práticas prejudiciais. As consequências da qualificação como paraíso fiscal são:

Enquadramento em lista de paraísos fiscais não cooperantes;

Aplicação de medidas sancionatórias pelos EM's da OCDE, nomeadamente:

Não concessão de isenções, créditos fiscais e outros benefícios às operações efetuadas com essa jurisdição;

Aplicação da técnica de retenção na fonte quanto a certos pagamentos a favor de sujeitos passivos neles residentes;

Aplicação de taxas e outros encargos às operações efetuadas com a jurisdição;

Implementação de regras sobre troca de informações sobre as operações efetuadas com a jurisdição e aplicação de sanções em caso de incumprimento;

Não dedução de custos para a constituição ou aquisição de sociedades nessa jurisdição;

Não celebração de ADT's com essa jurisdição.

A relativa simplicidade com que enunciam critérios esconde a complexidade e a delicadeza do tema, como se tem visto a propósito dos desenvolvimentos posteriores. Na verdade, até mesmo no âmbito dos EM's se registraram diferentes níveis de entusiasmo quanto às medidas. Ao nível dos países não membros da OCDE temos, num extremo, aqueles que desde logo numa primeira fase resolveram comprometer-se com os princípios constantes do Relatório, e, noutro, os “paraísos fiscais resistentes”, que continuam a considerar a ação da OCDE como uma intervenção ilegítima na sua soberania. E com argumentos ponderosos.

Combater a concorrência fiscal prejudicial é uma tarefa muito sensível onde se articulam exercícios de equilíbrio e transparência. Os resultados têm sido muito positivos, com o dismantelamento, dentro da OCDE dos regimes prejudiciais ou com aspectos de prejudicialidade. Várias outras jurisdições foram convencidas a mudar, em parte pelo peso econômico da contra parte, mas também pelo relativo isolamento e pelas contra medidas a que ficaram sujeitas.

Mas há quem se questione se não estaremos a criar novas formas de concorrência fiscal também ela, em alguns dos seus aspectos prejudiciais, atentas as críticas que alguns países dirigiram aos critérios de qualificação de prejudicialidade adotados, tanto mais que a OCDE não tem poderes para impor nenhuma alteração ao sistema fiscal de nenhum país. O seu prestígio tem sido o fator decisivo no poder de influência tanto junto dos Estados membros como não membros. As críticas já formuladas prendem-se com:

Um âmbito de atuação, tido por alguns, como desequilibrado;

A insuficiente delimitação de conceitos fundamentais, como os de concorrência fiscal prejudicial, atenta a sua inevitabilidade num mundo de nações;

A existência de níveis distintos de desenvolvimento que determinam a adoção de medidas compatíveis, tais como taxas de tributação distintas, por vezes mais baixas, para compensar fatos geográficos adversos ou problemas internos específicos,

Ausência de adequação dos níveis de tributação ao desenvolvimento

econômico e sua interligação com a componente fiscal;

Grande similitude nos critérios de qualificação dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, levando a dificuldades de enquadramento, persistindo em alguns aspectos, zonas cinzentas e de relativa indefinição;

Ausência de delimitação de alguns conceitos como os de baixa ou insignificante tributação ou de atividade econômica real;

Manifesta desigualdade de tratamento de certas realidades e regimes tributários, tais como Macau, Hong Kong ou Singapura.

O combate às práticas fiscais prejudiciais só faz sentido em âmbito global, por ser global o fenômeno que lhes dá causa. As limitações dos trabalhos aos Estados-membros e a certas, mas não todas as jurisdições de baixa tributação, porque dependentes política e economicamente, obrigando-os a adotar medidas determinadas, cria novas formas de prejudicialidade contra as quais importa estar atento. A OCDE teve o mérito de focar e procurar tratar o problema, embora não tenha sido sempre isenta na sua atuação. Fatores de ordem política influenciaram o rumo dos trabalhos, em parte como resultante do peso de alguns EM's ou de observadores. Depois, há dificuldades de aplicação dos regimes a territórios consoantes, estes sejam ou não dependentes da União Europeia. Os critérios da UE e da OCDE nem sempre são coincidentes pelo que o mesmo regime pode ser ou não qualificado de prejudicial.

Em âmbito mais geral parece certo que os sistemas fiscais carecem de ser globalmente repensados. Simplificação, moderação de taxas, sobretudo nos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares, aprofundamento da justiça relativa, estabilidade normativa e transparência de procedimentos, bem como a elevação dos padrões morais e sociais são aspectos da maior importância na caracterização dos Estados modernos e suas administrações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas fiscais, o direito tributário e as administrações públicas confrontam-se como novos problemas. Os três fatores nucleares da tributação de acordo com a perspectiva clássica são o território; a materialidade das operações e o controle dos fatos tributários. Estes são hoje questionados em diversos sentidos por aspectos tais como a desmaterialização, a desintermediação e a digitalização. Há uma patente crise do conceito de clássico, de território em que habitualmente repousou o direito dos tributos. A ação conjugada da digitalização da realidade virtual e da globalização determinam a deslocalização do consumo e do rendimento. Os sujeitos passivos podem tais imaterializar-se, desterritorializar-se com maior facilidade levando a novos problemas de tributação num mundo global.

As possibilidades abertas pelas redes eletrônicas estão hoje ao alcance de um conjunto cada vez maior de agentes, bastando aceder a um simples terminal de computador. O território e a fronteira fechada, paradigma clássico dos modelos de tributação tradicionais, deixam assim de garantir as indispensáveis receitas necessárias ao erário público. O advento do espaço virtual permitirá a cada um criar o seu próprio universo, no qual a interação da globalização, das novas tecnologias e da concorrência fiscal gerará um fenômeno de “térmitas fiscais” devoradoras das entranhas dos sistemas.

As próprias noções de atividade econômica, de estabelecimento estável e de preços de transferência, alguns tão laboriosamente esculpidas ao longo de décadas, nos elaborados tratados sobre dupla tributação são hoje continuamente reajustados. A competitividade fiscal é uma realidade. Ela implica pelo menos três factores: (1) a inovação, ou a destruição criadora referida por Schumpeter; (2) adequados níveis de educação, cultura e formação e (3) respeito pelos valores democráticos e pelos direitos do homem como a base de sustentação dos nossos sistemas políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CATARINO, João Ricardo. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 2014.

_____. **Para Uma Teoria Política do Tributo**, Cadernos de CTF, n.º 184, Lisboa, 1999.

_____. **A Concorrência Fiscal Entre Regiões no Quadro Europeu - A Dialéctica Entre a Regionalização e o Tributo**, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Ministério das Finanças n.º 401, Lisboa, 2001.

_____. **Administração Reguladora – A regulação Financeira – O problema do Tributo**, ISCSP, Lisboa, 2003.

_____. **Globalização e Capacidade Fiscal Contributiva**, Revista de História e Teoria das Ideias, Centro de História da Cultura, UNL, Vol. XVI-XVII, II série, Lisboa, 2003.

CATARINO, João Ricardo, Fonseca, Jaime, **Sustentabilidade financeira e orçamental em contexto de crise global numa Europa de moeda única, em coautoria**, Revista Sequência, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC – Univ. Federal de Santa Catarina, 2013, Vol. 34, n.º 67, 2013, p.21-51.

_____. Catarino, João Ricardo e Vasco Guimarães (orgs.) **Lições de Fiscalidade – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional**, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2015. Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Conselho no Plano de Acção para o Mercado Único para 1997, de 30 de Abril de 1997, COM (97), 184;

_____. **Comunicação da Comissão ao Conselho, de 1.100.9997, COM; (97) 495 final;**

_____. **Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 5.11.1997, COM (97) 564, final**, Bruxelas, 1997.

CÓDIGO DE CONDUTA PARA A FISCALIDADE DAS EMPRESAS, DA UNIÃO EUROPEIA, Lisboa, Ministério das Finanças, 1984. Palma, Clotilde Celorico, **O Código de conduta para a fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal**, Fortaleza, Nomos, 2010/2, p. 211 – 225.

FRANCO, A. L. Sousa, **Finanças Públicas e direito Financeiro**, 1999, Coimbra, editora almedina, p. 5.

GUEDES, Armando Marques, **As funções do Estado Contemporâneo e os Princípios Fundamentais da Reforma Administrativa**, Lisboa, 1988.

OCDE, **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**, OCDE, Paris, 28.4.1998.

OWENS, Jeffrey **A Reforma Fiscal Fundamental: uma perspectiva Internacional**, Lisboa, Ministério das Finanças, 2008;

_____. Relatório **BEPS – Base Erosion and Profit Shifting**, Paris, 2014.
. Relatório CCE, **A Fiscalidade na União Europeia, Relatório sobre a Evolução dos Sistemas Fiscais**, COM (98), 846.

ROSANVALLON, Pierre, **A Crise do Estado Provência**, Lisboa, ed. Inquérito, 1984, p. 7;

Artigo convidado, recebido em: 29/03/2017

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

NORMAS DE SUBMISSÃO

Os textos devem ser submetidos gratuitamente na página eletrônica da Revista após o cadastro como “AUTOR” (<http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/user/register>) seguindo-se os passos de submissão. Em caso de dificuldades, enviar e-mail para: revistadireitosemfronteiras@gmail.com

A Revista Direito Sem Fronteiras não cobra taxas de submissão de artigo ou taxas de processamento de artigo.

A Revista Direito Sem Fronteiras Direito publica artigos originais de pesquisadores Doutores ou Doutores acompanhados de coautor com titulação mínima de bacharel, das áreas de Direito Ambiental; Direito e Sustentabilidade; Direito Constitucional; Direito e Democracia; Direito Econômico; Direito Internacional; Direito e Transnacionalidade; que pesquisam temas na perspectiva dos descritos na revista.

Traduções somente serão aceitas caso o texto seja inédito no Brasil e o tradutor se assegure como coautor do texto.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO

Os artigos submetidos pelo site da Revista passarão por duas fases de avaliação: a primeira fase será realizada pela Equipe Editorial e se destina à verificação do cumprimento das Diretrizes para Autores disponíveis no site da Revista; em caso de aprovação na primeira fase, o artigo será encaminhado para a avaliação cega por pares, sendo essa avaliação a segunda fase.

Na segunda fase – avaliação cega por pares – o artigo poderá ser aprovado, aprovado com correções obrigatórias ou rejeitado.

Em todos os casos a decisão editorial e as avaliações serão enviadas por email ao autor – em caso de coautoria, ao coautor que se cadastrou na submissão como contato principal. No caso de aprovação com correções obrigatórias, o autor terá 5 dias úteis para enviar pelo sistema da Revista a versão corrigida do artigo, que passará por conferência da Equipe Editorial.

DETECÇÃO DE PLÁGIO

Todos os artigos submetidos à Revista serão previamente analisados por detectores eletrônicos de plágio. Os artigos reprovados pelo detector serão minuciosamente analisados pela Equipe Editorial e, quando for o caso, a Equipe solicitará informações adicionais ao autor. Caso o plágio seja confirmado pela Equipe Editorial da Revista, o artigo será sumariamente rejeitado.

PREENCHIMENTO DOS METADADOS DA SUBMISSÃO

O nome completo, endereço de email, a afiliação e o resumo da biografia a de todos os autores do artigo deverão ser informados com a grafia correta na inserção de metadados durante o processo de submissão.

A afiliação é o vínculo atual do autor, devendo-se informar o nome completo e a sigla da instituição, bem como cidade, estado e país desta.

No campo “Resumo da Biografia” de cada autor, deve-se informar a titulação em ordem decrescente e a respectiva instituição de obtenção, indicando ainda a sigla da instituição entre parênteses. Após, deve-se informar a afiliação.

Ex.: Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Foz do Iguaçu-PR, Brasil. Professor da graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Foz do Iguaçu-PR, Brasil. Não é permitido mencionar publicações do autor no “Resumo da Biografia”.

Ao final do “Resumo da Biografia”, deve-se fornecer o link para o currículo Lattes de cada autor.

Caso os metadados não sejam preenchidos corretamente, o autor será notificado para corrigi-los em 02 dias úteis, sob pena de rejeição do artigo.

Solicita-se que, antes de transferir o trabalho, sejam retirados do texto os dados de identificação do(s) autor(es), bem como sejam apagadas as identificações em “Arquivo/Propriedades/Resumo” do Word, de forma que a avaliação seja cega (sistema de duplo cego ou *Double Blind Peer Review*).

PESQUISAS FINANCIADAS

Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento devem ser devidamente identificados por nota de rodapé inserida no título do artigo, especificando-se o órgão de fomento e o edital.

PRIORIDADE DE PUBLICAÇÃO

Os seguintes artigos terão prioridade de publicação:

- Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento,
- Artigos escritos em coautoria com professor vinculado a IES estrangeira.
- Artigos escritos em coautoria com professor permanente de Programa de IES de diferente unidade da federação.

OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES PARA AUTORES

O Conselho Editorial e a Equipe Editorial reservam-se o direito, em pré-avaliação ou pós-avaliação, de apontar correções e complementações necessárias nos trabalhos recebidos, devolvendo-os aos autores para sua devida adequação às normas da Revista. Depois do *check list*, da pré-avaliação da Equipe Editorial, se aprovados, os textos seguem para avaliadores externos.

Todos os textos avaliados que tiverem indicação de correções obrigatórias, apontadas em parecer e/ou comentários, deverão ser revistos pelos autores e devolvidos para nova avaliação pela Equipe Editorial em um prazo de 05 (cinco) dias úteis.

APRESENTAÇÃO GRÁFICA DOS TEXTOS

Os textos devem ser submetidos em formato Word, tamanho A4, orientação “retrato”, fonte 12, Times New Roman, em espaço 1,5 com as seguintes margens: superior e esquerda de 3,0cm e direita e inferior de 2,0cm.

A primeira linha de cada parágrafo deve ter espaço de 1,5cm em relação à margem esquerda.

As citações com mais de 03 linhas devem ter recuo em 4,0cm, fonte 10, espaço entre linhas simples.

Na editoração os textos receberão diagramação no padrão gráfico da Revista. Tabelas, formulários, gráficos e desenhos não podem ocupar mais de 25% do total do texto, devendo ser numerados com algarismos arábicos e referenciados conforme as regras da ABNT.

Os artigos deverão ter o mínimo de 15 e o máximo de 25 laudas (aproximadamente entre 40.000 e 60.000 caracteres com espaços). Textos maiores poderão ser autorizados, a partir da avaliação da Comissão Editorial, e o registro dessa solicitação deverá ser feito como observação na submissão.

Todos os textos devem ser postados corrigidos. A Revista Direito Sem Fronteiras se reserva o direito de efetuar nos textos originalmente enviados alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para manter o padrão culto da língua sem, entretanto, interferir no estilo dos autores.

UTILIZAÇÃO DE IMAGENS EM ARTIGOS

As imagens utilizadas nos artigos deverão ser inseridas no corpo do texto e também submetidas individualmente como “Documentos Suplementares” no processo de submissão.

O formato para submissão como documento suplementar deverá ser “.jpeg” e a imagem deverá ter alta resolução. Além da imagem, o autor deverá enviar por meio dos “Documentos Suplementares” a autorização de uso daquela.

No caso de imagens sem a resolução exigida, o autor será notificado para fornecer nova imagem em 02 dias úteis. Se a nova imagem não for fornecida e a ausência desta prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

Caso a autorização de uso não seja enviada por meio dos documentos suplementares, o autor será notificado para fornecer a autorização em 02 dias úteis. Se a autorização não for fornecida e a ausência da imagem prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

EXIGÊNCIAS PARA OS ARTIGOS

Autor: o autor deverá possuir a titulação de Mestre ou Doutor.

Coautoria: O artigo poderá ter no máximo três coautores, sendo que um deles deverá possuir a titulação de Mestre ou Doutor. Os demais coautores devem ter a titulação mínima de bacharel.

Título: o título deverá conter no máximo 8 palavras e ser apresentado em português/inglês. Para artigos em espanhol, o título deverá ser apresentado em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexactidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Formatação de títulos e subtítulos: título do artigo (centralizado, caixa alta, negrito); título em inglês (centralizado, caixa alta, itálico, negrito); 1 seção primária (alinhada à esquerda, caixa alta, negrito); 1.1 seção secundária (alinhada à esquerda, caixa baixa, negrito); 1.1.1 seção terciária (alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico); 1.1.1.1 seção quaternária (alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico, negrito); 1.1.1.1.1 seção quinária (alinhada à esquerda, caixa baixa, sem negrito, sem itálico).

Resumo: os artigos devem vir acompanhados de um resumo bilingue (português/inglês ou espanhol/inglês), de mesmo teor, apresentando com clareza e concisão: o tema do trabalho; os objetivos; a metodologia utilizada; as conclusões. Exige-se que o resumo tenha necessariamente entre 150 e 200 palavras. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Palavras-chave: em número mínimo de 03 e máximo de 05 palavras e separadas por ponto e vírgula, indicam o conteúdo do artigo e devem ser escolhidas, preferencialmente, em catálogo de vocabulário controlado, se houver tesouro na área do tema. As palavras-chave devem ser apresentadas em português/inglês. Para os textos em espanhol, as palavras-chave devem ser apresentadas em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Estrutura dos artigos: os artigos devem respeitar a seguinte sequência: título; título traduzido para inglês; resumo; palavras-chave; abstract; keywords; introdução; texto com subtítulos e notas de rodapé; conclusão e referências.

Observações: não utilizar tradução automática da Web para título, resumo e palavras-chave. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição; não numerar a introdução, a conclusão e as referências. Os demais títulos devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos; as notas de rodapé servem apenas para notas explicativas sucintas e não se destinam à apresentação de referências. As notas de rodapé devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos; todas as referências no corpo do texto devem adotar o sistema autor-data da ABNT. Ex.: (FIORILLO, 2013, p. 25).

Referências: as referências devem ser dispostas em ordem alfabética pelo SOBRENOME do primeiro autor, no nal do artigo e seguir as normas da ABNT. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido mencionados no texto são da responsabilidade dos autores.

As obras utilizadas para a elaboração do trabalho devem ser nacionais e estrangeiras, representativas na temática escolhida e atualizadas. A ausência de obras estrangeiras, a desatualização e a não-representatividade das obras utilizadas poderão ensejar a rejeição do artigo por decisão dos avaliadores e/ou da Equipe Editorial.

DIREITO DE RECURSO DAS DECISÕES EDITORIAIS

Aos autores fica assegurado o direito de recurso de todas as decisões editoriais. O recurso deverá ser enviado para o e-mail da Revista com a identificação completa do artigo (número da submissão e título completo) e dos autores, fundamentação recursal e demais documentos pertinentes.

A decisão do recurso será encaminhada ao recorrente em até 7 (sete) dias úteis.

Dúvidas e contato podem ser realizados por meio do e-mail: revistadireitosemfronteiras@gmail.com ou pelo telefone (45) 3576-8106.