



**DIÁLOGO AMBIENTAL,  
CONSTITUCIONAL E  
INTERNACIONAL**

VOL. 6

**Editores**

João de Almeida  
João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

Adriano Pilatti  
Alexandre Moraes da Rosa  
Ana Alice De Carli  
Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla  
Caroline Regina dos Santos  
Daniele Maghelly Menezes Moreira  
Diego Araujo Campos  
Emerson Garcia  
Firly Nascimento Filho  
Flávio Ahmed  
Frederico Price Grechi  
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu  
Gisele Cittadino  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Helena Elias Pinto  
Jean Carlos Fernandes  
Jerson Carneiro Gonçalves Junior  
João Carlos Souto  
João Marcelo de Lima Assafim  
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.  
José Emílio Medauar  
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha  
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato  
Luis Carlos Alcoforado  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Manoel Messias Peixinho  
Marcellus Polastri Lima  
Marcelo Ribeiro Uchôa  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Roberto C. Vale Ferreira  
Sérgio André Rocha  
Victor Gameiro Drummond  
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

**Conselho Consultivo**

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro  
Antonio Carlos Martins Soares  
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima  
Francisco de Assis M. Tavares  
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

**Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Centro – Presidente Vargas, 446,  
sala 705.  
CEP: 20011-000 – Centro – RJ  
Tel. (21) 2224-0305

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Correia Vasques, 48  
– CEP: 04038-010  
Vila Clementino – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9981-9353

COORDENADORES  
JORGE MIRANDA  
CARLA AMADO GOMES

ORGANIZADORES  
BLEINE QUEIROZ CAÚLA  
GERARDO CLÉSIO MAIA ARRUDA  
VALTER MOURA DO CARMO



# DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

VOL. 6

 **Lumen Juris** Editora

RIO DE JANEIRO  
2016

Copyright © 2016 by  
Bleine Queiroz Caúla e Valter Moura do Carmo

Categoria: Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Internacional

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Angel Cabeza  
Revisão gramatical: Geysel Áurea de Queiroz Ferino

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

#### DADOS INTERNACIONAIS PARA CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional / Jorge Miranda, Carla Amado  
Gomes, Coordenadores ; Bleine Queiroz Caúla, ... [ et al.] – 1. ed. –  
Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.  
508 p. ; 23 cm. (Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional ; v. 6).

Bibliografia

ISBN 978-85-8440-545-9

1. Direito Ambiental – Sustentabilidade. 2. Direito Ambiental  
Constitucional. 3. Direito Internacional. I. Miranda, Jorge. II. Gomes, Carla  
Amado. III. Caúla, Bleine Queiroz. IV. Arruda, Gerardo Clésio Maia. V. Carmo,  
Valter Moura do. VI. Título. VII. Série.

CDD – 341.347

CDD - 341.3479

# COMISSÃO CIENTÍFICA

---

Alexandre Sousa Pinheiro — FDUL

Ana Maria D'Ávila Lopes — UNIFOR

Carla Amado Gomes — FDUL

César Barros Leal — UFC

Délton Winter de Carvalho — UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo — Middlesex University

Francisco Lisboa Rodrigues — FAC

Francisco Luciano Lima Rodrigues — UNIFOR

Horácio Wanderlei Rodrigues — UFSC

João Pedro Oliveira de Miranda — FDUL

Jorge Miranda — FDUL

Leonel Severo Rocha — UNISINOS

Lídia Maria Ribas — UFMS

Lívia Gaigher Bósio Campello — UFMT

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima — UNIFOR

Orides Mezzaroba — UFSC

Susana Borràs Pentinat — Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli — UFMT

Valter Moura do Carmo — UNIMAR

Wagner Menezes — USP



## COORDENADORES

---

### **Jorge Miranda**

Licenciado em Direito (1963) e doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como presidente do Conselho Científico (1988–1990 e 2004–2007) e presidente do Conselho Directivo (1991–2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973–2005) e coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983–1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975–1976), tendo tido um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi membro da Comissão Constitucional (1976–1980), órgão precursor do atual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Presidente Honorário Vitalício do Instituto Luso Brasileiro de Direito Público.

### **Carla Amado Gomes**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa (2006–2014). É Vice-Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa desde 2014. É membro do Conselho Pedagógico desde 2012. Lecciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em acções de formação no Centro de Estudos Judiciários. Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007–2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998 e 1999).

## ORGANIZADORES

---

### **Bleine Queiroz Caúla**

Doutoranda em Direito — Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientador Professor Doutor Jorge Miranda). Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Pedagoga e Advogada premiada com o V Prêmio Innovare 2008 como gestora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008). Professora assistente da Graduação e da Pós-Graduação lato sensu da UNIFOR. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI e do NUPESQ da UNIFOR. Principais obras publicadas: *O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes*; *Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro*; *A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais*. Email: [bleinequeiroz@yahoo.com.br](mailto:bleinequeiroz@yahoo.com.br).

### **Gerardo Clésio Maia Arruda**

Doutor e Mestre em Sociologia, Especialista em Geografia e Graduado em Ciências Econômicas. Professor do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

### **Valter Moura do Carmo**

Possui mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutorado em Direito pela UFSC, com período sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha). Atualmente realiza o estágio de Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Marília – UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Foi diretor de eventos científicos da FEPODI e atualmente exerce a função de diretor de relações internacionais da instituição. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos.



# AUTORES

---

## **Alexandre Sousa Pinheiro**

Doutorou-se pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa onde é Professor Auxiliar e Investigador do Centro de Investigação em Direito Público (CIDP). É especializado em proteção de dados e identidade informacional a par com um enfoque de pesquisa nas áreas do direito constitucional e dos direitos fundamentais.

## **Alexandre Gonçalves Martins**

Advogado atuante na área de Direito Internacional Público, Privado e Comércio Exterior, com ênfase em procedimentos de importação e exportação de mercadorias, graduado na Universidade da Amazônia – UNAMA/Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ.

## **Analu Pinto Leite**

Analista Judiciária de Tribunal de Justicia de Bahia. Especialista en Derecho Tributario por Unisul. Maestreada en Derecho Procesal Constitucional por Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y Profesora de Derecho Procesal Civil de UNIME, unidad Itabuna-BA.

## **André Augusto Malcher Meira**

Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Titular da Cadeira nº 27 da APLJ – Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro da Asociación Ibero-americana de Derecho Romano/Espanha e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro/RJ. Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira. Advogado e Professor.

## **Artur Bruno**

Deputado Federal. Secretário do Meio Ambiente do Ceará. Deputado Estadual em quatro legislaturas e Vereador de Fortaleza, ambos pelo PT. Formado em Pedagogia. Há mais de 35 anos dedica-se à formação da juventude, como professor de Geografia e História, em cursos pré-universitários públicos e privados.

### **César Barros Leal**

Pós-doutor em Estudos Latino-americanos pela Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro da Academia Cearense de Letras.

### **Dayse Braga Martins**

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR. Graduada em Direito (1999) e mestre em Direito Constitucional, ambos pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Advogada inscrita na OAB – CE. Professora assistente da graduação (disciplinas de Estágio V, Soluções Extrajudiciais de Disputas, Mediação e Conciliação na prática) e da Pós-Graduação lato sensu da UNIFOR. Pesquisa principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direito econômico, educação jurídica, direito ambiental, direito e prática processual civil, mediação, conciliação e arbitragem.

### **Délton Winter de Carvalho**

Pós-Doutor em Direito, University of Califórnia at Berkeley, USA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, nível mestrado e doutorado. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito, Risco e Eco complexidade” cadastrado no CNPq. Advogado, Parecerista e Consultor jurídico em matéria de Direito Ambiental. Autor de diversos artigos publicados nacional e internacionalmente: Desastres Ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação; Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco; Direito dos Desastres. Email: [delton@deltoncarvalho.com.br](mailto:delton@deltoncarvalho.com.br).

### **Elisabeth Massoud Salame da Silva**

Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas dos Municípios do Estado do Pará.

### **Fernanda Mesquita Serva**

Doutoranda em Educação na UNESP de Marília (SP). Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR) e Pró-Reitora de Ação Comunitária da Universidade de Marília (UNIMAR).

## **Fernando Alberto de Almeida Campos**

Advogado e Pós-graduando em Direito Internacional pela PUC/SP.

## **Francisco Lisboa Rodrigues**

Procurador do Município de Fortaleza. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da FAC e de Direito Processual Constitucional da FANOR.

## **Gustavo César Machado Cabral**

Professor Adjunto (Graduação, Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutor pelo Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main/Alemanha). Foi professor visitante da Universidad Autónoma de Madrid.

## **Isabella Pearce de Carvalho Monteiro**

Doutoranda e Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Coimbra (Portugal), com estudos complementares na Université de Strasbourg (França) e na Università Degli Studi di Salerno (Itália). Professora de Direito Ambiental na Universidade Estadual do Maranhão e na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco-UNDB. Coordenadora-geral e Diretora da Revista Científica do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável-CEDS (UNDB). Sócia e Diretora de Governança Ambiental Estratégica na empresa de consultoria Virtú Ambiental.

## **Jefferson Aparecido Dias**

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha), Procurador da República de Marília e Procurador Regional dos Direitos do Cidadão (Substituto) do Estado de São Paulo. Professor do Mestrado em Direito e Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação da Universidade de Marília (UNIMAR).

## **Jorge Bheron Rocha**

Defensor Público titular da 5ª Defensoria Pública Criminal de Fortaleza. Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Investigador do grupo de estudos “Novos Atores do Processo Penal”; do Instituto

de Direito Penal Económico Europeu. Sócio Fundador do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia – ILAEDPD. Professor de Direito Penal e Processo Penal.

### **Júlia Maia de Meneses Coutinho**

Graduada em Publicidade e Propaganda pela Faculdade Integrada do Ceará (FIC) e MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí. Atualmente é Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD da UNIFOR; bolsista da FUNCAP. E-mail: [juzinhameneses@hotmail.com](mailto:juzinhameneses@hotmail.com).

### **Karin Becker Lopes**

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Advogada e mestranda em Direito Constitucional Público na Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pesquisadora do Grupo de Estudos (CNPq) “Estado, Constituição e Política”, sob a orientação do Prof. Dr. Filomeno Moraes. E-mail: [karinbeckerl@gmail.com](mailto:karinbeckerl@gmail.com).

### **Lidia Maria Ribas**

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e professora na graduação e pós-graduação da UFMS – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da UNIDERP/ANHANGUERA. Líder do Grupo de Pesquisas no CNPq — Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável.

### **Lorena Grangeiro de Lucena Tôrres**

Possui graduação em Administração de empresas (2005) e em Direito pela Universidade de Fortaleza (2014). Advogada inscrita na OAB Ceará. Membro da Comissão de Direito Marítimo, Portuário, Aeroportuário e Aduaneiro (2016–2018) e membro da Comissão de Direito Empresarial da Região Metropolitana de Fortaleza – OAB/CE. Atualmente é Advogada nas áreas cível, consumidor, ambiental e administrativo. MBA em Auditoria e Perícia Ambiental pela UNIFOR.

### **Luciana Costa Poli**

Pós-doutorado pela UNESP (Bolsista CAPES/PNPD); Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC; Professora concursada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

### **Maria Stela Campos da Silva**

Advogada e professora de Direito Financeiro e Tributário da UFPA. Especialista e Mestre em Direito Tributário pela UFPE, Doutora em Direitos Humanos pela UFPA.

### **Natália Martinuzzi Castilho**

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e assessora jurídica do Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará (CEDECA Ceará).

### **Newton de Menezes Albuquerque**

Professor do Mestrado/Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

### **Paulo Roberto Lyrio Pimenta**

Pós-doutorado na Ludwig-Maximilians-Universität (Universidade de Munique, Alemanha), Doutor em Direito pela PUC–SP. Professor Associado II nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação da UFBA. Juiz Federal na Bahia.

### **Raimundo Eloy Miranda Argôlo**

Advogado, Professor de Direito Ambiental e Teoria do Direito, Coordenador do Curso de Direito da UNIME, Itabuna, Bahia.

### **Raíza Fernandes Aragão**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus.

### **Ricardo Augusto Dias da Silva**

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA

na área de Direito do Estado. Professor Adjunto I da Universidade da Amazônia, onde leciona as disciplinas Direito Internacional, Direitos Humanos e Ações Afirmativas. Advogado inscrito na OAB/PA.

### **Rodrigo Martiniano Ayres Lins**

Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil (UNICAP) e em Direito Público (ESMAPE). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Vice-presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/CE. Procurador Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Professor titular do Curso de Direito da Faculdade Nordeste – FANOR/Devry Brasil.

### **Roselane Gomes Bezerra**

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará, pós-doutorado em Sociologia Urbana pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Professora Adjunta do curso de Gestão de Políticas Públicas da Universidade Federal do Ceará e do Programa de Pós-Graduação em Avaliação de Políticas Públicas. Dentre outras publicações, é autora do livro *O bairro Praia de Iracema entre o adeus e a boemia: usos e abusos num espaço urbano* (LEO/UFC, 2009).

### **Susana Borràs**

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales e Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España).

### **Tiago Antunes**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

# SUMÁRIO

---

PREFÁCIO..... XXI

APRESENTAÇÃO..... XXVII

## Ambiental

BREVE ANÁLISE DO ACORDO CLIMÁTICO  
NEGOCIADO NA COP 21 (ACORDO DE PARIS) ..... 1

*Tiago Antunes*

EL DEBER DE CUIDADO DE LOS ESTADOS  
FRENTE A LOS DESAFÍOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO..... 19

*Susana Borràs*

UMA INCURSÃO SOBRE A LITIGÂNCIA  
CLIMÁTICA: ENTRE MUDANÇA CLIMÁTICA E  
RESPONSABILIDADE CIVIL..... 53

*Délton Winter de Carvalho*

MINERAÇÃO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E  
SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL: A TRAGÉDIA DE  
MARIANA COMO PARÂMETRO DA INCERTEZA ..... 71

*Bleine Queiroz Caúla*

*Dayse Braga Martins*

*Lorena Grangeiro de Lucena Tôrres*

A GESTÃO DO MEIO AMBIENTE NO CEARÁ ..... 99

*Artur Bruno*

ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO NA GESTÃO  
DOS CONFLITOS AMBIENTAIS..... 117

*Lídia Maria Ribas*

A FUNÇÃO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE:  
NOTAS E REFLEXÕES ..... 135

*Luciana Costa Poli*

SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E A AUTONOMIA DA  
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA  
POR CRIMES AMBIENTAIS ..... 147

*Jorge Bheron Rocha*

PRECIFICAÇÃO DA ÁGUA: ENTRE O DIREITO  
FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA E  
A TRAGÉDIA DO BEM COMUM..... 167

*Isabella Pearce de Carvalho Monteiro*

DIREITO AMBIENTAL E SOCIEDADE DE CONSUMO:  
RAZÃO E DISTANCIAMENTO NA PÓS-MODERNIDADE..... 189

*Raimundo Eloy Miranda Argôlo*

DISSENSÕES ENTRE OS USOS E AS REPRESENTAÇÕES  
DE UM ESPAÇO URBANO: UMA ANÁLISE DO BAIRRO  
PRAIA DE IRACEMA ..... 205

*Roselane Gomes Bezerra*

BELO MONTE: A (FALSA) DICOTOMIA ENTRE  
DIREITOS HUMANOS — DESENVOLVIMENTO  
X COMUNIDADES TRADICIONAIS ..... 219

*Elisabeth Massoud Salame da Silva*

*Fernando Alberto de Almeida Campos*

*Maria Stela Campos da Silva*



AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E O  
PERIGO DO “ESTADO MUSCULADO” ..... 237

*Alexandre Sousa Pinheiro*

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL  
Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE BRASIL ..... 271

*Analu Pinto Leite*

LIMITES CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO DE NOVOS  
CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA  
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ..... 285

*Paulo Roberto Lyrio Pimenta*

ANALFABETOS E MULHERES: OS VULNERÁVEIS  
DEMOCRÁTICOS SOB A ÉGIDE EVOLUTIVA DA CF/88 —  
MARGINALIZADOS HISTÓRICOS? ..... 305

*Júlia Maia de Meneses Coutinho*

*Karin Becker Lopes*

*Newton de Menezes Albuquerque*

CONSERVADORISMO NO PENSAMENTO POLÍTICO  
BRASILEIRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS ..... 329

*Gustavo César Machado Cabral*

A SEPARAÇÃO DE PODERES E AS TÉCNICAS DE CONTROLE  
SOBRE A RESOLUÇÃO N.º 23.389/2013, DO TRIBUNAL  
SUPERIOR ELEITORAL BRASILEIRO ..... 349

*Rodrigo Martiniano Ayres Lins*

O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA  
ORDEM CONSTITUCIONAL: UM PROJETO INACABADO ..... 367

*Fernanda Mesquita Serva*

*Jefferson Aparecido Dias*

NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES  
DA SOCIEDADE CIVIL E AS TRAJETÓRIAS DOS  
DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: DA PRÁTICA DO  
ASSISTENCIALISMO ÀS GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS INSTITUCIONALIZADAS ..... 389

*Gerardo Clésio Maia Arruda*

*Natália Martinuzzi Castilho*

*Raíza Fernandes Aragão*

OS PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DA  
RECUPERAÇÃO DE EMPRESA..... 409

*André Augusto Malcher Meira*

## Internacional

DIREITO COMPARADO E TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE — O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO STF .....	429
--	-----

*Francisco Lisboa Rodrigues*

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROJETO ÁRVORE SICÔMORA: UMA INICIATIVA HUMANIZADORA DO CÁRCERE.....	449
---	-----

*César Barros Leal*

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL) — OS DESAFIOS DO BLOCO NO CENÁRIO INTERNACIONAL .....	463
---	-----

*Alexandre Gonçalves Martins*

*Ricardo Augusto Dias da Silva*



## PREFÁCIO

---

El mundo contemporáneo, que para muchos es una aldea global, con distintas realidades, impone un diálogo como éste, entre profesores, académicos y juristas, invitados para discutir sus desafíos, en los planos nacional, regional e internacional.

El abordaje del medio ambiente, en forma transversal e interdisciplinaria, nos permite reflexionar, por ejemplo, sobre el conjunto de normas creadas para asegurar su protección y, en este orden de ideas, el derecho ambiental, constitucional e internacional convergen para orientarnos en la búsqueda de respuestas.

La obra es dividida en tres partes, con artículos de profesores de distintas nacionalidades.

En la primera parte se presentan propuestas, con vistas a enfrentar las cuestiones del medio ambiente, del agua, de los espacios urbanos, del arbitraje en conflictos ambientales, entre otros temas que incluyen el análisis de su perspectiva en una sociedad de consumo. Los artículos son: Breve análise do acordo climático negociado na COP 21 (acordo de Paris) (Tiago Antunes); El deber de cuidado de los estados frente a los desafíos del cambio climático (Susana Borràs); Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil (Délton Winter de Carvalho); Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro da incerteza (Bleine Queiroz Caúla, Dayse Braga Martins y Lorena Grangeiro de Lucena Tôrres); A gestão do meio ambiental no Ceará (Artur Bruno); Arbitragem e transação na gestão dos conflitos ambientais (Lídia Maria Ribas); A função social e sustentabilidade: notas e reflexões (Luciana Costa Poli); Sistemas autopoieticos e a autonomia da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais (Jorge Bheron Rocha); Precificação da água: entre o Direito fundamental de acesso à água e a tragédia do bem comum (Isabella Pearce de Carvalho Monteiro); Direito Ambiental e sociedade de consumo: razão e distanciamento na pós-modernidade (Raimundo Eloy Miranda Argôlo); Dissensões entre os usos e as representações de um espaço urbano: uma análise do bairro Praia

de Iracema (Roselane Gomes Bezerra); Belo Monte: a (falsa) dicotomia entre Direitos Humanos — desenvolvimento x comunidades tradicionais (Elisabeth Massoud Salame da Silva, Fernando Alberto de Almeida Campos y Maria Stela Campos da Silva).

En la segunda parte están las siguientes aportaciones: As liberdades fundamentais e o perigo do “Estado musculado” (Alexandre Sousa Pinheiro); La constitucionalización del proceso civil y el nuevo código procesal civil de Brasil (Analu Pinto Leite); Limites constitucionais à aplicação de novos critérios de interpretação no âmbito da jurisprudência constitucional (Paulo Roberto Lyrio Pimenta); Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 — marginalizados históricos? (Júlia Maia de Menezes Coutinho, Karin Becker Lopes y Newton de Menezes Albuquerque); Conservadorismo no pensamento político brasileiro: notas introdutórias (Gustavo César Machado Cabral); A separação de poderes e as técnicas de controle sobre a resolução n.º 23.389/2013, do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro (Rodrigo Martiniano Ayres Lins); O Direito à educação das pessoas com deficiência na ordem constitucional: um projeto inacabado (Fernanda Mesquita Serva y Jefferson Aparecido Dias); Novo marco regulatório das organizações da sociedade civil e as trajetórias dos Direitos sociais no Brasil: da prática do assistencialismo às garantias constitucionais institucionalizadas (Gerardo Clésio Maia Arruda, Natália Martinuzzi Castilho y Raíza Fernandes Aragão); Os princípios legais e constitucionais da recuperação de empresa (André Augusto Malcher Meira).

En la tercera parte, los textos nos proporcionan un diálogo con enfoque internacional, iniciando por: Direito Comparado e transjusfundamentalidade — o Estado de coisas inconstitucional no STF (Francisco Lisboa Rodrigues); A justiça restaurativa e o projeto árvore Sicômora: uma iniciativa humanizadora do Cárcere (César Barros Leal); Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) — os desafios do bloco no cenário internacional (Alexandre Gonçalves Martins y Ricardo Augusto Dias da Silva).

La obra contiene, en sus 478 páginas, algunos de los muchos retos del derecho en este siglo XXI, siendo cierto afirmar que otros países de América pueden y deben crear diálogos semejantes.

México necesita urgentemente entrar en esos diálogos transversales e interdisciplinarios, con académicos, profesores y juristas comprometidos con la holística del derecho. Así, podrá enfrentar el Siglo XXI con investigaciones científicas que aporten a la sociedad posibles soluciones a sus grandes problemas.

Mi reconocimiento a los autores, ponentes, organizadores, académicos y profesores que han tomado parte en este proyecto.

Natalia Gaspar Pérez  
*Doctora en Derecho*  
*Coordinadora de Maestría en Derecho,*  
*Facultad de Derecho de la Benemérita*  
*Universidad Autónoma de Puebla – BUAP, México.*





## APRESENTAÇÃO

---

O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional é um momento de encontro acadêmico para um Diálogo transversal e interdisciplinar. Instituições públicas e privadas como a Universidade de Fortaleza (UNIFOR), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), a Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior — Capes e a Editora Lumen Juris fomentam a realização e a publicação dos anais. O Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da FDUL promove a publicação digital internacional de modo a amplificar o acesso aos anais.

Agradecimento especial cabe à Secretaria de Meio Ambiente do Ceará; à Procuradoria Geral do Município de Fortaleza e à Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará pelo inestimável apoio à realização do Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* e publicação dos anais, oportunidade em que reforçamos o papel do Estado no fomento da pesquisa acadêmica.

A credibilidade acadêmico-científica do evento revela a contribuição para uma base importante e rica de informações para a sociedade civil, empresas e terceiro setor. O compromisso socioambiental e a responsabilidade compartilhada entre instituições públicas e privadas ratificam a participação no contributo de atividades que valorizam o aprofundamento do conhecimento científico e a efetivação dos direitos humanos e ambientais.

Os volumes 5 e 6 compilam os artigos de autores brasileiros e estrangeiros submetidos e aprovados para apresentação no conclave, e dos palestrantes que intervieram no *VII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, nos meses de outubro de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); e novembro de 2015, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*

O VIII *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* renova a parceria nacional com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), sob a regência do Desembargador Marco Villas Boas, com realização nos dias 06 e 07 de junho de 2016, na cidade de Palmas.

Lisboa, 15 de Abril de 2016.

*Jorge Miranda*

*Carla Amado Gomes*

*Bleine Queiroz Caúla*

*Gerardo Clésio Maia Arruda*

*Valter Moura do Carmo*

**Ambiental**



WE'LL ALWAYS HAVE PARIS ...

BREVE ANÁLISE DO ACORDO CLIMÁTICO  
NEGOCIADO NA COP 21 (ACORDO DE PARIS)

---

*Tiago Antunes*



A COP 21, ou cimeira de Paris, que decorreu entre 30 de novembro e 12 de dezembro de 2015 na capital francesa, tem sido amplamente referenciada como um sucesso diplomático e o seu resultado final — o Acordo de Paris — descrito como um passo marcante e decisivo no combate internacional às alterações climáticas. Importa perceber porquê. Mas, acima de tudo, convém testar esta conclusão, colocá-la à prova com honestidade intelectual e espírito crítico, de modo a aferir da sua veracidade.

É que, nestas matérias, o discernimento analítico é muitas vezes suplantado por uma certa dose de *wishful thinking* ou de atração pelo politicamente correto, resultando na consagração de narrativas oficiais e na disseminação de ideias-feitas sem uma rigorosa adesão aos factos. Impõe-se, pois, proceder a um levantamento dos principais elementos que compõem o Acordo de Paris e sujeitá-los a uma avaliação realista e desapaixonada. São estes os propósitos do texto que se segue.

Não se trata, contudo, de uma análise exaustiva e muito menos aprofundada do novel regime climático. Bem pelo contrário, o que está em causa é tão-somente uma primeira leitura crítica deste regime. Dada a sua novidade, seria temerário da nossa parte pretender, desde já, escarpelizar os respetivos meandros dogmáticos e formular a esse respeito júzos definitivos. O nosso intuito é, na verdade, bastante mais modesto: iremos percorrer, em termos perfunctórios e sem grande desenvolvimento, os principais componentes ou traços caracterizadores do Acordo de Paris, procurando destacar as restivas virtudes, mas também os defeitos, insuficiências ou riscos que apresentam. Fá-lo-emos, porém, mais em jeito de crónica do que de exegese, visando essencialmente dar notícia e fazer um balanço preliminar daquilo que a COP 21 trouxe de novo.

## NATUREZA JURÍDICA

A primeira grande questão relativa Acordo de Paris prende-se, desde logo, com a respetiva natureza jurídica. Depois de, em Copenhaga (COP 15), se terem gorado as expectativas de celebração de um tratado que sucedesse ao Protocolo de Quioto, havia sérias dúvidas que fosse possível voltar a ter um instrumento jurídico-internacional vinculativo, de âmbito global, sobre matéria climática. O tema foi expressamente debatido, aliás, aquando da definição do mandato

negocial pela cimeira de Durban (COP 17), tendo aí ficado assente que o resultado final das negociações deveria constituir um “*protocol, another legal instrument or an agreed outcome with legal force*”. O objetivo consistia, portanto, em negociar, até 2015 (isto é, até à COP 21, em Paris), uma convenção internacional *proprio sensu*, com o devido valor legal. E assim sucedeu, efetivamente.

O Acordo de Paris tem a natureza de tratado, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Não se trata de um compromisso estritamente político, nem de um *gentlemen’s agreement*, nem de uma mera proclamação de intenções ou de um exemplo de *soft law*. Trata-se, sim, de um instrumento jurídico devidamente formalizado e gerador de obrigações internacionais, mediante um processo que se iniciará a 22 de abril de 2016, em Nova Iorque, com a abertura do Acordo de Paris a assinatura, seguindo-se as formalidades constitucionais necessárias à vinculação de cada Estado (que, em muitos casos, implicarão um processo de ratificação), com vista à respetiva entrada em vigor (que ocorrerá após a vinculação de 55 Estados que representem pelo menos 55% das emissões mundiais de gases com efeito de estufa) e produção de efeitos jurídicos a partir de 2020.

Em bom rigor, porém, a COP 21 produziu, não um, mas dois documentos jurídicos de grande relevância: o Acordo de Paris propriamente dito, com a natureza jurídica acabada de identificar; e a Decisão 1/CP.21, com a natureza de direito internacional derivado (mais concretamente, trata-se de uma deliberação da Conferência das Partes, enquanto órgão máximo instituído pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas). Esta Decisão é bastante mais extensa e detalhada que o Acordo, nela se fixando um conjunto de diretivas quanto à regulamentação do regime climático global pós-2020.

Assim, nem todo o conteúdo normativo negociado em Paris ficou a constar do Acordo de Paris. Este aborda apenas os principais capítulos da negociação e, em qualquer caso, sem grande pormenor. Muitas outras temáticas ficaram remetidas ou só merecem algum desenvolvimento na decisão que acompanha e enquadra o dito Acordo. De resto, como veremos ao longo do presente texto, não foi — e seguramente não é — de todo indiferente ou aleatória a “arrumação” de certas matérias no tratado — que terá de ser ratificado (ou sujeito ao adequado processo nacional de vinculação) e cujas determinações passarão a estar cobertas pelo princípio *pacta sunt servanda* — ou na decisão — ainda que esta tenha sido aprovada por unanimidade.



Acresce que, mesmo no Acordo de Paris, somente algumas disposições são juridicamente vinculativas ou geradoras de obrigações legais<sup>1</sup>. Outras têm uma natureza indicativa, norteadora ou programática. Esta questão, aliás, foi objeto de uma controvérsia de última hora na cimeira de Paris, que atrasou o seu desfecho em várias horas e quase ia impedindo a obtenção de um acordo final. O impasse apenas foi ultrapassado mediante o anúncio público e solene de uma retificação, clarificando formalmente que certa disposição empregaria o vocábulo *should* (menos constrangente) e não *shall* (imperativo)<sup>2</sup>.

## UNIVERSALIDADE

Um dos principais trunfos do Acordo de Paris reside no facto de este apresentar um alcance universal, tendo o seu texto sido unanimemente aprovado pelos quase 200 Estados representados na COP 21, isto é, por praticamente todo o globo. É certo que o Protocolo de Quioto também tinha perto de duas centenas de Partes e uma vocação universal, mas aí verdadeiramente só os países desenvolvidos (mais rigorosamente, os países listados no respetivo Anexo B) assumiam obrigações concretas. O Acordo de Paris, ao invés, vincula todos os países a uma trajetória — diferenciada, é certo — de diminuição ou pelo menos de contenção das emissões responsáveis pelo aquecimento global. De facto, ainda que de forma mais ou menos intensa, todos os Estados — ricos e pobres — se comprometeram a adotar medidas de combate às alterações climáticas (cfr. artigo 3.º) e, mais do que isso, assumiram metas quanto às respetivas emissões de gases com efeito de estufa (GEE). Este é, indiscutivelmente, um dos maiores feitos da negociação concluída em Paris.

Contudo, importa ter presente que uma tal abrangência subjetiva só foi possível devido a dois fatores (que em muito mitigam o impacto da aludida universalidade): i) a circunstância de cada Estado ter definido autónoma e unilateralmente as metas a que se comprometeu, numa abordagem *bottom-up*;

---

1 E, ainda assim, a respetiva executoriedade deixa muito a desejar, como veremos *infra*, a propósito do mecanismo de implementação e cumprimento.

2 A questão revelava-se decisiva, sobretudo, para a delegação norte-americana, atendendo ao seu interesse em qualificar o Acordo de Paris como um *executive agreement*, assim dispensando a necessidade de ratificação pelo Senado.

e ii) a circunstância de, em consequência, essas metas serem profundamente díspares entre si — não só entre blocos, mas mesmo de Estado para Estado. Vejamos cada um destes aspetos em maior detalhe.

## **ABORDAGEM BOTTOM-UP**

Ao contrário do Protocolo de Quioto, que estabelecia uma percentagem mínima de redução das emissões de GEE<sup>3</sup> a cumprir por todos os Estados a tal vinculados, o Acordo de Paris seguiu uma metodologia distinta, de *pledge and review*, em que cada Estado apresentou os objetivos com que entendeu que razoavelmente se podia comprometer, comprometendo-se igualmente a ciclicamente ir revendo em alta esses mesmos objetivos.

Este modelo tornou-se inevitável após o fracasso da cimeira de Copenhaga (COP 15), em que perante a impossibilidade de se fixar uma meta de redução das emissões de GEE aplicável por igual a todos os Estados, estes acabaram por ser convidados a apresentar o grau de ambição que cada um se encontrava disposto a assumir. Ficou claro para toda a gente que, a partir de então, seria inviável reeditar o figurino de Quioto, com a estipulação de uma meta única dirigida a todos os Estados (*top-down*). E, de facto, daí para a frente as negociações internacionais sobre o clima passaram a assentar nas promessas formuladas individualmente por cada Estado (*bottom-up*).

Foi ao abrigo deste esquema, portanto, que a COP 21 foi considerada um sucesso, com metas concretas assumidas por todos os Estados, mas auto-propostas. O que, de certa forma, traduz um resultado sub-ótimo — embora, em termos realistas, muito provavelmente o único possível.

Seja como for, importa concluir que a universalidade do Acordo de Paris não espelha uma imposição jurídica uniforme e consistente, mas antes um mosaico de compromissos autónomos e voluntariamente estipulados. Acaba por não existir, assim, uma vinculação heterónoma a parâmetros universais, mas uma disposição individual ou um auto-cometimento à adoção de determinadas medidas, de acordo com um nível de esforço unilateralmente fixado.

---

3 De 5% face aos níveis de 1990, meta que deveria ser atingida até 2008–2012. Alguns Estados, todavia, entre os quais os Estados-Membros da União Europeia, comprometeram-se a ir mais longe, reduzindo globalmente as suas emissões em 8% face aos níveis de 1990, no mesmo período de tempo.

## DIFERENCIAÇÃO FLEXÍVEL

Para além de terem sido os Estados a graduar livremente os respetivos compromissos nacionais de limitação das emissões de GEE — ou justamente por isso mesmo — existem entre eles diferenças significativas. O que, na verdade, está em plena consonância com um dos princípios basilares do ordenamento das Nações Unidas, com especial incidência em matéria climática, que é o *princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas* (RCMD). Ao qual, todavia, e certamente não por acaso, foi entretanto acrescentado o trecho: “à luz das diferentes circunstâncias nacionais”. Este segmento final, aditado pelo Apelo de Lima para a Ação Climática (o documento final da COP 20), traduz a ideia de que as responsabilidades já não são apenas diferenciadas entre tipos de Estados, mas também em função das específicas realidades nacionais.

Com efeito, a diferenciação entre Estados, em si mesma, não constitui um facto novo no tratamento jus-internacional do clima. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (CQNUAC), primeiro, e o Protocolo de Quioto (PQ), depois, já procediam a uma — rigorosa e cortante — diferenciação entre países desenvolvidos (listados no Anexo I e no Anexo B, respetivamente) e países em desenvolvimento. Assim, o que é novo no Acordo de Paris é o facto de, como mencionámos supra, a diferenciação deixar de assentar exclusivamente na pertença a um ou outro destes blocos.

Pelo menos no que diz respeito às metas de emissão de GEE e ao ritmo da sua redução ou abrandamento, já não se assiste a uma bifurcação ou separação estanque entre países ricos e pobres. Deixou, portanto, de se distinguir entre os países listados num Anexo, que estavam obrigados a reduzir as suas emissões numa determinada percentagem, e todos os outros, que ficavam dispensados de tal obrigação. Este desfasamento era particularmente difícil de compreender quanto a certos países emergentes (como a China ou a Índia) que, apesar dos respetivos índices de crescimento e consideráveis níveis de emissão de GEE (a China é mesmo, na atualidade, o maior responsável mundial por estes gases), se escudavam no seu estatuto de país em desenvolvimento para recusar qualquer compromisso quantificado de limitação das emissões poluentes.

Ora, foi este estado de coisas que agora cessou, passando cada Estado a valer por si e devendo contribuir para os esforços mundiais de combate ao aquecimento global em função da sua realidade específica. Deste modo, o

modelo estritamente binário ou bipolar que caracterizou o regime climático mundial durante décadas parece ter chegado ao fim.

Este é, por si só, um facto digno de registo. E, para quem conhece o histórico das COPs, é mesmo um facto da maior relevância, na medida em que o confronto entre aqueles dois grandes blocos era muitas vezes gerador de impasses e obstáculos ao avanço das negociações. Como tal, o *levantamento do véu* que cobria cada um desses blocos pode ser creditado como uma importante conquista da cimeira de Paris.

Não obstante, o Acordo aí aprovado continua a prever, em diversos contextos e para distintos efeitos, uma diferença de tratamento entre, por um lado, países desenvolvidos e, por outro lado, países em desenvolvimento (cfr., apenas a título de exemplo, os artigos 4.º, n.º 4 e 9.º, n.º 1). Isto é, subsiste ainda a dicotomia entre Estados do primeiro e do terceiro mundo. Simplesmente, esta dicotomia é agora matizada no que toca à assunção das trajetórias de emissão de GEE, com uma pulverização de metas nacionais bastante díspares entre si.

No fundo, e em síntese, a celebrada universalidade do Acordo de Paris esconde uma profunda diferenciação — a qual já não passa apenas pela rígida linha de demarcação países desenvolvidos / países em desenvolvimento, antes se pauta por uma elevada flexibilidade e soluções de geometria muito variável.

## **OBJETIVO DE LONGO-PRAZO**

O Acordo de Paris começa por definir, no seu artigo 2.º, um objetivo de longo-prazo que vincula todas as Partes e em nome do qual se justificam muitas das soluções jurídicas e dos deveres aí consagrados. Esse objetivo consiste em garantir que o aumento da temperatura média do planeta fique bem abaixo dos 2.º C face aos níveis pré-industriais. Trata-se de um objetivo que está em linha com as recomendações da comunidade científica, nomeadamente do Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas.

Contudo, não obstante a estipulação unânime deste objetivo, a verdade é que os compromissos de redução ou contenção das emissões de GEE assumidos pelos vários Estados não são suficientes, no seu conjunto, para assegurar o respetivo cumprimento, antes conduzirão previsivelmente a um aumento da temperatura média bastante superior aos referidos 2.º C. Existe,

portanto, um desfasamento (*gap*) entre o desígnio assumido e as medidas avançadas para o atingir.

Apesar disso, conseguiu-se obter acordo quanto a um segundo objetivo de longo-prazo, ainda mais ambicioso, visando limitar o aumento da temperatura média do planeta a 1,5.<sup>o</sup> C face aos níveis pré-industriais. Contudo, este objetivo está previsto apenas em termos aspiracionais, como algo desejável que os Estados deverão idealmente esforçar-se por atingir — isto é, em linguagem jurídica, como uma obrigação de meios, mas não de resultado.

Em balanço, podemos concluir que se verifica uma assinalável discrepância entre a generosidade dos Estados na formulação dos macro-objetivos a atingir no longo-prazo e a sua disponibilidade para se comprometerem com metas concretas, imediatas e exigentes de redução de emissões.

## MITIGAÇÃO — METAS DE REDUÇÃO DAS EMISSÕES

Em ordem a alcançar — ou a garantir uma aproximação — (a)os objetivos de longo-prazo estabelecidos, o Acordo de Paris prevê que os Estados “atinjam o pico global das suas emissões de GEE”, isto é, iniciem o declínio consistente do respetivo volume total de emissões “o mais cedo possível” (cfr. artigo 4.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1). Não se fixa, portanto, qualquer prazo perentório para o efeito, mas apenas uma máxima de diligência.

Assinale-se que o referido dever, ainda que não calendarizado, se aplica a todos os Estados. No entanto, reconhece-se expressamente que os países em desenvolvimento levarão mais tempo a atingir o pico das suas emissões. Deste modo, fica claro que tais países poderão ainda, no futuro próximo, continuar a aumentar o volume total de GEE que lançam para a atmosfera (embora devam reforçar os esforços de mitigação das emissões — cfr. artigo 4.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4).

Para além de inverterm a trajetória de emissão de GEE (de ascendente para descendente), os Estados — todos os Estados, se bem que em ritmos assumidamente diferenciados — deverão ainda, na segunda metade deste século, “atingir um equilíbrio entre as emissões antropogénicas e os sumidouros de GEE”. Mais uma vez, trata-se da consagração de um dever jurídico com um horizonte temporal bastante lasso. Mas não deixa de ser significativa e meritória a sua inserção no texto do acordo obtido em Paris. É certo que a linguagem utilizada

pode ser algo ambígua ou potenciadora de dúvidas (exatamente em que consiste o aludido equilíbrio?). Havia quem tivesse preferido a assunção, em termos mais claros e assertivos, de um objetivo de neutralidade carbónica ou mesmo de 0% de emissões líquidas. Em todo o caso, trata-se da primeira vez que tal desígnio é formulado num tratado internacional. Compreende-se, pois, que se encontre redigido em termos cautelosos. E que, para além do mais, seja expressamente enquadrado “na base da equidade e no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços para erradicar a pobreza” (cfr. artigo 4.º, n.º 1 in fine).

Como se nota, os deveres em questão (de declínio das emissões, primeiro; e de equilíbrio entre emissões e sumidouros, depois) são juridicamente pouco operativos, servindo apenas de orientação ou de parâmetro de medida para a definição dos compromissos nacionais de limitação ou abrandamento das emissões de GEE, conhecidos como *nationally determined commitments* (ou simplesmente NDC). Estes, sim, são mais precisos e detalhados, prevendo metas quantificadas e calendarizadas. Assim, os esforços de mitigação resultam não tanto (ou só remota e abstratamente) do tratado, embora nele tenham obviamente o seu fundamento, mas sobretudo das metas nacionais que o concretizam e operacionalizam. Quanto a tais metas — geneticamente diferenciadas e de matriz voluntária, como sabemos — interessa apenas registar, numa análise perfunctória e na generalidade, que as mesmas deverão ser ciclicamente revistas (de 5 em 5 anos) e progressivamente tornadas mais exigentes.

Com efeito, o Acordo de Paris é muito claro ao estipular que os compromissos das Partes devem sempre ser revistos em alta (cfr. artigo 4.º, n.ºs 3 e 11). Vigora, assim, não só uma proibição de retrocesso como, mais do que isso, uma imposição de incrementalismo. Os NDC assumidos por cada Estado podem até ser inicialmente modestos, mas terão de ir deterministicamente evoluindo num sentido cada vez mais consentâneo com um modelo de desenvolvimento económico de baixo carbono.

## ADAPTAÇÃO

Um ponto crucial do Acordo de Paris reside no destaque que é dado à temática da adaptação às alterações climáticas. Durante demasiado tempo o ordenamento jus-internacional do clima centrou-se quase exclusivamente na

vertente da mitigação, isto é, na redução progressiva das emissões de GEE. Com o tempo — e perante a constatação de que, ainda que o volume anual de emissões decresça significativamente, o nível de concentração de GEE na atmosfera já é tal que haverá sempre consequências adversas e impactantes, para as quais nos devemos preparar — foi-se tornando claro que a adaptação do nosso *modus vivendi* a um clima em profunda mudança constitui um objetivo tão ou mais premente que a diminuição dos gases lançados para a atmosfera. No entanto, por razões várias, foi difícil incluir esta temática num instrumento jus-internacional de cariz vinculativo, sobretudo em termos que não fossem meramente proclamatórios.

A cimeira de Cancun deu passos relevantes neste âmbito, ao instituir o chamado Quadro de Adaptação de Cancun. Mas não conferiu à matéria forma nem força jurídica de tratado. E o Acordo de Paris fá-lo, não só ao estabelecer o objetivo de “aumentar a capacidade de adaptação aos impactos adversos das alterações climáticas e promover a resiliência climática” (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea b), mas essencialmente ao dedicar um longo preceito à temática da adaptação (cfr. artigo 7.º), aí enunciando uma série de deveres das Partes — em especial dos países desenvolvidos — a esse respeito.

Estranha-se, porém, que a matéria da redução do risco de desastres (RRD) — em especial dos desastres naturais de ordem meteorológica e hidrológica — não surja tratada a propósito da adaptação às alterações climáticas, como sucede no Quadro de Adaptação de Cancun<sup>4</sup>. O tema, aliás, não merece qualquer referência expressa no articulado do Acordo de Paris, havendo apenas menção, a propósito do mecanismo de perdas e danos regulado no artigo 8.º, à ocorrência de eventos meteorológicos extremos, que, todavia, são aí abordados a par dos eventos de evolução lenta.

## FLORESTAS

O artigo 5.º do Acordo de Paris aborda uma temática da maior relevância: a floresta, mais concretamente a problemática da deflorestação ou do

---

<sup>4</sup> Em conexão com o Quadro de Ação de Hyogo 2005–2015: Construindo a Resiliência das Nações e das Comunidades face aos Desastres, entretanto substituído pelo Quadro de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015–2030.

desmatamento, que se estima ser responsável por cerca de 10% a 25% (consoante as formas de cálculo) das emissões mundiais de GEE. No seu n.º 2, o referido preceito dá finalmente guarida e dignidade de tratado a um mecanismo que anda há anos a ser negociado em fóruns internacionais, sob a égide das Nações Unidas e não só: o REDD (reducing emissions from deforestation and forest degradation). Trata-se de um conceito através do qual alguns Estados poderão ser remunerados pela manutenção, isto é, pelo não-abate da sua floresta. Este sistema, que suscita bastantes dificuldades técnicas na sua implementação, implica um apuramento da situação nacional de partida e a realização de pagamentos condicionados à manutenção do stock florestal (“results-based payments”). Não se trata, porém, de um mecanismo de mercado, encontrando-se esses previstos — ainda que de forma muito discreta — no artigo seguinte.

## MECANISMOS DE MERCADO

A possibilidade de recorrer a mecanismos de mercado para atingir as metas de redução das emissões de GEE encontra-se muito disfarçadamente consagrada no artigo 6.º do Acordo de Paris. Trata-se, porém, de uma alusão tão genérica e envergonhada que o vocábulo “mercado” nunca chega sequer a ser utilizado. Aliás, pelo contrário, apenas se encontram aí referências expressas a “non-market approaches”, nos n.º 8 e 9.

Com algum esforço, porém, entre as disposições que expressamente afastam as abordagens de mercado e o teor encriptado de algumas outras disposições, conseguimos efetivamente descortinar uma certa abertura para a adoção de soluções mercantis. Claro que esta redação algo camuflada ou encoberta não é um acaso. Perante as resistências à comercialização de cargas poluentes e à utilização do mercado como veículo de promoção ambiental, procurou-se empregar uma linguagem menos comprometida (ou, quiçá, comprometedora) e até intencionalmente equívoca.

De todo o modo, mais do que os rodeios linguísticos, interessa a substância. E, em termos substanciais, o artigo 6.º consagra duas vias potenciais de recurso ao mercado: a possibilidade de as Partes acordarem entre si formas de “cooperação voluntária” envolvendo a “transferência internacional



de resultados de mitigação” (n.ºs 1, 2 e 3); e o estabelecimento de um mecanismo, também de adesão voluntária mas centralmente supervisionado, através do qual o decréscimo de emissões resultante de atividades levadas a cabo num Estado anfitrião poderá servir para o cumprimento das metas de mitigação de outro Estado (n.ºs 4, 5 e 6), figurino que aparentemente se baseia na experiência dos anteriores mecanismos de projeto instituídos pelo Protocolo de Quioto: a Implementação Conjunta (IC) e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). No entanto, as regras, procedimentos e modalidades concretamente aplicáveis a este mecanismo apenas serão definidas na próxima COP (n.º 7).

## PERDAS E DANOS (LOSS & DAMAGE)

Seguramente uma das mais relevantes novidades do Acordo de Paris encontra-se no respetivo artigo 8.º, que introduz um inovador — embora de alcance ainda incerto — mecanismo de perdas e danos. O tema começou a ser formalmente negociado apenas na cimeira de Varsóvia (COP 19), em 2013, e deveria produzir resultados somente na COP 22. No entanto, e algo inesperadamente, acabou por ser inserido logo no próprio Acordo de Paris, se bem que em termos algo nebulosos ou equívocos. Trata-se, em todo o caso, de um instituto bastante promissor, que pretende lidar com as consequências causadas pelas alterações climáticas, as quais não se fazem sentir de modo uniforme em todo o planeta, havendo regiões ou países mais afetados que carecem de ser devidamente apoiados.

No fundo, estamos perante um sucedâneo da responsabilidade civil por danos decorrentes do aquecimento global. É verdadeiramente de um sucedâneo e não de uma situação de responsabilidade *proprio sensu* que se trata, na medida em que o parágrafo 52 da Decisão 1/CP.21 deixa absolutamente claro que o mecanismo em apreço “*does not involve or provide a basis for any liability or compensation*”<sup>5</sup>. No entanto, pretende configurar um tratamento jurídico para os efeitos adversos das alterações climáticas, seja por força de ocorrências repentinas e de grande violência (eventos meteorológicos extremos), seja através da progressiva

5 Ainda que o ponto 49 da mesma Decisão preveja uma câmara de compensação (*clearinghouse*) para a transferência de riscos.

mutação dos padrões climáticos. Exatamente que tratamento jurídico será esse é algo que, todavia, permanece envolto numa grande indefinição.

## FINANCIAMENTO

O financiamento das medidas de mitigação e de adaptação às alterações climáticas — em especial, o apoio financeiro dos países desenvolvidos aos esforços de redução das emissões de GEE por parte dos países em desenvolvimento — é uma questão-chave do regime climático global. Desde logo, porque reduzir a poluição custa dinheiro ou envolve prejuízos económicos, sendo necessário encontrar as adequadas fontes de financiamento. Depois, porque os países num estágio de desenvolvimento mais atrasado sempre condicionaram a sua disponibilidade para agir neste domínio à obtenção do necessário financiamento por parte do mundo desenvolvido.

Esta matéria encontra-se tratada no artigo 9.º do Acordo de Paris. Surpreendentemente, porém, não se encontra aí fixado qualquer valor. Ora, a dimensão do envelope financeiro concedido aos Estados mais pobres sempre foi uma questão decisiva, em todas as rondas negociais, para aproximar os países do Norte e do Sul e permitir selar um acordo. Na cimeira de Copenhaga (COP 15), por exemplo, apesar do seu reconhecido insucesso, foi fixado um “preço”: os países desenvolvidos deveriam, a partir de 2020, contribuir com 100 mil milhões de dólares por ano para apoiar os esforços de mitigação e de adaptação nos países em desenvolvimento. No articulado negociado em Paris, todavia, não há menção de qualquer quantitativo.

É preciso recorrer à Decisão 1/CP.21, mais concretamente aos respetivos parágrafos 54 e 115, para — aí sim — encontrar referências a um determinado montante pecuniário. No entanto, esses parágrafos limitam-se a reafirmar o valor de 100 mil milhões de dólares por ano já anteriormente acordado. Assim, não houve qualquer avanço em Paris face aos compromissos financeiros que já tinham sido assumidos em Copenhaga. Ficou apenas assente que, até 2025, esses compromissos terão de ser necessariamente revistos em alta. Neste ponto, portanto, a COP 21 não produziu qualquer resultado palpável, ficando mesmo bastante aquém das expectativas.

## TECNOLOGIA

Outro pilar fundamental do regime climático prende-se com a utilização e a difusão das tecnologias aptas a reduzir o nível de emissões de GEE. A este respeito, porém, o artigo 10.º do Acordo de Paris adianta pouco face ao que já existe, limitando-se a criar um “enquadramento tecnológico” (technology framework), sem grande substância, que supostamente orientará a atividade do Mecanismo de Tecnologia (Technology Mechanism) instituído no seio da CQNUAC para a promoção do desenvolvimento e da transferência de tecnologias hipocarbónicas.

## CAPACITAÇÃO

O artigo 11.º aborda um aspeto deveras relevante: a capacitação dos países em desenvolvimento, especialmente os menos desenvolvidos, e dos países mais vulneráveis aos efeitos do aquecimento global, como os pequenos Estados insulares, para a adoção de medidas adequadas de mitigação e de adaptação às alterações climáticas. De facto, quando se trata destes Estados, com grandes fragilidades não só económicas mas também institucionais, não basta prever iniciativas de desenvolvimento hipocarbónico ou sequer proceder ao respetivo financiamento. É preciso ajudá-los a construir o enquadramento mais apropriado e a adquirir o know-how necessário para conceber, estruturar e executar com sucesso tais iniciativas.

Sucedo, no entanto, que a norma em apreço é relativamente vaga e mais reveladora de uma certa atitude de boa-vontade do que propriamente de um dever específico, mensurável e juridicamente exigível.

## TRANSPARÊNCIA

Um importante eixo do Acordo de Paris consiste naquilo que aí se convencionou designar por “transparência”. Na verdade, trata-se da matéria relativa à monitorização, reporte e verificação (MRV) — embora esta designação tenha agora sido abandonada — do cumprimento dos objetivos assumidos

pelas Partes, em especial da efetiva redução das emissões de GEE. Este tema foi sempre objeto de grandes dificuldades negociais, atendendo, por um lado, à desconfiança de alguns Estados quanto à real concretização dos compromissos assumidos por outros Estados e, por outro lado, à relutância de muitos Estados em aceitarem uma fiscalização externa, por razões de soberania. Em Copenhaga havia-se estabelecido, a este propósito, um regime assumidamente diferenciado para os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. No Acordo de Paris, pelo contrário, o regime da “transparência” quanto à execução dos compromissos nacionais é de âmbito universal, embora se preveja a necessária “flexibilidade” relativamente aos países em desenvolvimento.

## **AVALIAÇÃO PERIÓDICA**

O artigo 14.º do Acordo de Paris consagra um mecanismo de avaliação regular do progresso obtido no combate às alterações climáticas. A primeira avaliação global (“global stocktake”) terá lugar em 2023 e, a partir daí, ocorrerá de 5 em 5 anos. Trata-se de um instrumento essencial, pois é em função destes ciclos de aferição dos resultados obtidos que os Estados irão reformular as respetivas metas de emissão de GEE, as quais, como vimos supra, devem ser periodicamente revistas em alta, isto é, tornadas progressivamente mais exigentes.

## **EXECUÇÃO (IMPLEMENTATION AND COMPLIANCE)**

O artigo 15.º do Acordo de Paris, que alude a um mecanismo de implementação e cumprimento, constitui uma enorme desilusão. Perante a magnitude da ameaça e a premência do respetivo combate, esperava-se que os compromissos obtidos (maxime de redução de emissões) ficassem selados em termos suficientemente garantísticos e legalmente exigíveis ou acionáveis. Ao invés, porém, o Acordo de Paris limita-se a prever um “mecanismo” não só vago nos seus contornos e métodos, como assumidamente tímido ou pouco musculado. A norma em questão chega mesmo ao ponto de frisar que o dito

“mecanismo”, assente na intervenção de peritos, deverá atuar de modo “não-adversarial e não-punitivo”.

Assim, ao contrário do Protocolo de Quioto, que previa sanções para o respetivo incumprimento (reputadas por alguns de pouco dissuasoras mas, apesar de tudo, existentes e, se não mais, dotadas de um peso simbólico importante), o Acordo de Paris aposta num “mecanismo” de tipo “facilitativo”, que visa promover a execução do novo regime climático encorajando ou impelindo as Partes a concretizar os respetivos compromissos, sem contudo as expor, constranger ou castigar.

Pela nossa parte, temos sérias dúvidas que um tal “mecanismo” se revele eficaz no combate ao aquecimento global e, especificamente, que seja capaz de garantir a consecução (ou, noutros termos, de proceder ao enforcement) dos objetivos de limitação das emissões de GEE assumidos pelos Estados. Parece-nos, antes, que esta circunstância (esta fraqueza, diríamos mesmo) atenua drasticamente a auto-proclamada vinculatividade ou o caráter cogente do regime acordado em Paris.

## SÍNTESE

Não obstante todas as dificuldades e insuficiências apontadas, a cimeira de Paris foi efetivamente um êxito, conseguindo algo que pouco tempo antes era visto por muitos como inverosímil: um acordo internacional dotado de força jurídica vinculativa, à escala global, em que todos os Estados se comprometem com objetivos calendarizados e quantificados (ainda que bastante díspares) de combate às alterações climáticas, designadamente por via da redução ou desaceleração das respetivas emissões de GEE.

Para o efeito foi decisivo o facto de, em novembro de 2014, os Estados Unidos da América e a China terem chegado a acordo quanto às respetivas emissões futuras de GEE. O impasse e as recriminações mútuas entre estes dois países — os maiores responsáveis mundiais pelo efeito de estufa — haviam travado, até então, qualquer hipótese de um entendimento pós-Quioto. Superado este bloqueio, estavam finalmente reunidas as condições necessárias (mas ainda não suficientes) para a celebração de um acordo climático universal. E assim

veio a suceder, efetivamente, autorizando a classificação da COP 21 como um momento transformacional na luta contra as alterações climáticas.

Não devemos escamotear, porém, que o acordo alcançado em Paris ficou muito aquém do que seria desejável, quer em ambição (as metas de redução de emissões assumidas individualmente pelos Estados não permitem, no seu conjunto, cumprir o objetivo de longo-prazo aí firmado; não foram definidos novos objetivos de financiamento por parte dos países desenvolvidos), quer em vinculatividade (diversas disposições têm caráter meramente indicativo e/ou assentam em standards voluntários), quer sobretudo quanto à clareza e à eficácia dos compromissos assumidos (muitos aspetos do novo regime carecem de concretização e operacionalização; não foram previstas sanções para o respetivo incumprimento). Em qualquer destes domínios há ainda muito trabalho pela frente e as perspetivas de sucesso são, na verdade, relativamente sombrias. Será extraordinariamente difícil avançar para lá do status quo estabelecido em Paris. E os progressos que venham a ocorrer estarão sempre dependentes da boa-vontade dos (rectius, de determinados) Estados, tanto na sua formulação, como sobretudo na sua implementação — que, face à ausência de quaisquer mecanismos coercivos ou executórios, constitui uma enorme incógnita.

Assim, tal como no filme *Casablanca* (de onde tomámos de empréstimo a célebre frase que serve de título ao presente texto), Paris ficará para sempre como um marco e um ponto alto das negociações internacionais sobre o clima, ainda que os tempos futuros se mostrem bem menos promissores ou capazes de concretizar as expectativas aí geradas.

EL DEBER DE CUIDADO DE LOS  
ESTADOS FRENTE A LOS DESAFÍOS  
DEL CAMBIO CLIMÁTICO

---

*Susana Borràs*





## INTRODUCCIÓN

La comunidad científica desde hace algún tiempo alerta de la necesidad de permanecer por debajo de los 2°C para poder hacer frente al cambio climático a costos razonables. Para ello sería necesaria una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de entre un 40 y un 70% a nivel mundial entre 2010 y 2050, y disminuirlas hasta un nivel nulo o negativo en 2100. No obstante, esta necesidad se enfrenta a una realidad aplastante: las concentraciones de CO<sub>2</sub> en la atmósfera bordean actualmente las 400 partes por millón, un nivel sin precedentes en la historia moderna, lo que ha hecho sonar las alarmas entre los científicos del clima (Hansen, J. *et al.*, 2013, p. 1–4).

Los retos que plantean los efectos de la alteración climática no dependen de la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos, sino de aplicar adecuadamente los existentes, ya sea a nivel internacional, regional como nacional. Así, los tratados internacionales del medio ambiente carecen de mecanismos coercitivos para hacer cumplir las obligaciones de los Estados parte. Por ejemplo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) de 1992<sup>1</sup> no contiene medios para juzgar o sancionar a los países que no cumplan con sus compromisos de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. No obstante, las vías legales de aplicación del derecho internacional del medio ambiente de los diferentes tribunales y de los medios de solución de controversias existen en la actualidad para resolver las diferencias ambientales internacionales. En efecto, las litigaciones climáticas representan un incentivo frente al rosario de buenas intenciones que no hacen más que evidenciar las míseras realidades a las que se exponen las víctimas del cambio climático (Gupta, 2007, p. 76–86).

Los diferentes órganos judiciales e instancias fiscalizadoras, desde diferentes ámbitos jurisdiccionales, están empezando a conocer y dirimir algunos casos relativos al calentamiento global, apuntando a una tendencia inapelable: los pleitos climáticos están cambiando la perspectiva de cómo hacer frente a las responsabilidades climáticas, ya sea desde el punto de vista jurídico, en el refuerzo del cumplimiento de los compromisos jurídicos, como también en la

---

<sup>1</sup> Véase *ILM*, vol. 31, 1992, p. 851. Instrumento de ratificación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecho en Nueva York el 9 de mayo de 1992. BOE. Boletín Oficial del Estado (España), núm. 27, 1 de febrero de 1994.

determinación de responsabilidades del calentamiento global. En respuesta a la inactividad gubernamental, el sistema judicial puede ser la última vía razonable para el cambio en las escaleras que los científicos dicen es necesario.

El presente artículo analiza algunos de los casos judiciales más paradigmáticos en los que se han producido más avances en la protección del clima por instancias judiciales, que ante la evidencia de los efectos derivados del calentamiento global, han visto como el número de querellas, denuncias y quejas presentadas por la sociedad civil aumentan considerablemente frente a la inacción de los órganos gubernamentales. Desde los pleitos promovidos en Estados Unidos, como las demás iniciativas impulsadas en Europa, demuestran como el Poder Judicial acuña un rol activo en la lucha contra el cambio climático frente a la pasividad persistente del Ejecutivo y Legislativo.

El objetivo del presente artículo es pues analizar los casos que permiten demostrar la preocupación de la sociedad civil no sólo para hacer efectivas las responsabilidades por daños al medio ambiente y a los derechos humanos, sino también el reclamo de la debida diligencia o deber de protección (*duty of care*) de los propios Estados. La problemática del cambio climático está reforzando el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en temas ambientales, los principios de quien contamina, paga y el de responsabilidades comunes pero diferenciadas y la protección de las generaciones futuras. Además, como se verá más adelante, a medida que los tribunales declaran la obligatoriedad de la responsabilidad atmosférica, a partir de ahí la ciudadanía se moviliza, interponiendo demandas judiciales contra sus propios gobiernos. El activismo judicial parece ser un aliado fundamental para obligar a los gobiernos a actuar diligentemente en la protección de los derechos de su población frente a los impactos de las alteraciones climáticas.

## 1. EL CONCEPTO DE CLIMA COMO BIEN COMÚN

La Carta Encíclica *laudato si'* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común<sup>2</sup> se refiere al clima como a un bien común, que si bien compartimentado y gestionado políticamente por los Estados, sufre las

<sup>2</sup> Disponible en línea en: <[http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html)>. (último acceso el 15 de noviembre 2015).

consecuencias de una situación de “cierto adormecimiento y una alegre irresponsabilidad” (punto 59). El clima, como parte del medio ambiente global es, según la Encíclica, “un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos” y que “Quien se apropia algo es sólo para administrarlo en bien de todos”. Así, surge el deber de cuidado y la responsabilidad solidaria de proteger el medio ambiente común y, en consecuencia, el respeto de los derechos humanos.

Junto con la noción de bien común y el deber de cuidado, necesariamente incorporan la protección no sólo de las generaciones presentes, sino también las futuras. Una de las propuestas para proteger el clima como bien común, según la Encíclica es precisamente la necesidad de que la sociedad civil organizada, a través de organismos no gubernamentales y asociaciones intermedias, obligue a los gobiernos a desarrollar normativas, procedimientos y controles más rigurosos. En este sentido, traslada el protagonismo a los ciudadanos de controlar y fiscalizar al poder político, tanto nacional, regional como municipal, como la vía para controlar los daños ambientales (punto 179).

La protección debida de los Estados se fundamenta básicamente en el principio de precaución, en el sentido de que ante la evidencia clara y contundente que los gases de efecto invernadero (en adelante, GEI) producidos por la actividad humana están causando cambios significativos al clima y que estos cambios significan un riesgo grave de daños irreversibles a la humanidad, incluyendo actuales y futuras generaciones, al medio ambiente, y a la economía global es necesaria la actuación anticipada, preventiva.

La determinación de esta acción preventiva consistiría en: reducir las emisiones de GEI en tal dimensión y a un paso necesario de protegernos frente a las amenazas del cambio climático que todavía se puede evitar; y la reducción de los niveles de GEI requeridos para lograr esto, deberían estar basados en los peores escenarios (*worst-case scenarios*) creíbles y realistas, aceptados por un número sustancial de los expertos en cambio climático más reconocidos.

La idea es que la determinación de estas obligaciones ayude a los jueces de decidir cuáles de los gobiernos están cumpliendo con sus obligaciones internacionales, como las de la responsabilidad internacional que establecen la obligación de cooperación y de debida diligencia para la prevención de daños transfronterizos, por ejemplo, a la atmosfera o como las derivadas del medio ambiente y los derechos humanos.

## 2. LA DEFENSA DEL CLIMA Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO

La fundamentación jurídica de la responsabilidad climática no solo deriva de la concepción del clima o de la atmósfera como bien común, sino que desde el Derecho internacional del medio ambiente existe un principio fundamental que atribuye una obligación general de proteger y prevenir, es decir, el principio fundamental *sic utere tuo ut alienum non laedas*. El principio de prevenir se basa, sin duda en, por una parte, la prevención del daño ambiental *in genere* y por otra, en el deber consistente en no permitir que el territorio de los Estados sea utilizado de manera que cause un perjuicio a otros Estados. La fundamentación de este principio radica en la idea de la diligencia debida, del uso equitativo de los recursos, en el caso objeto de estudio, la atmósfera, y, en definitiva, en la buena fe.

Esta obligación de los Estados de no ocasionar daños extraterritorialmente fue establecida, por primera vez, por la jurisprudencia internacional en los asuntos del Estrecho de Corfú<sup>3</sup> y, en el ámbito ambiental, de la Fundición de Trail<sup>4</sup>, constituyendo los antecedentes clásicos en esta materia. También en los

---

3 En este caso, la CIJ afirmó que "... ciertos principios generales bien reconocidos (establecen) la obligación de todo estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados". Vid. CIJ, *Recueil* 1949, p. 22. La prohibición del daño ambiental transfronterizo inspiró también las reclamaciones de Australia y Nueva Zelanda contra Francia en los asuntos de las pruebas nucleares de 1974. Sin embargo, en este último caso el Tribunal no entró a considerar las reclamaciones de Australia y Nueva Zelanda, que afirmaban la ilegalidad de las pruebas nucleares que producían un impacto sobre sus territorios, por estimar que Francia había asumido ya una obligación unilateral de no realizar más pruebas de esta naturaleza y que, en tales circunstancias, no había lugar a entrar en el fondo del asunto. Vid. CIJ, *Nuclear Tests Cases*, de 20 de diciembre de 1974, ICJ *Recueil* 1974, p. 253.

4 El Tribunal de arbitraje del caso de la Fundición de Trail sostuvo que Canadá tenía "... la obligación... de velar por que esa conducta se ajustara a la obligación que, como aquí se determina, tenía el Dominio con arreglo al Derecho internacional". El Tribunal afirmó que, en particular, "... debe exigirse a la Fundición de Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington". También entendió que "Según los principios del Derecho internacional (...), ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños (...) en el territorio de otro o a la propiedad de las personas que allí se encuentran, cuando se trata de un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente". Vid. *Trail Smelter Arbitration Case (USA/Canadá)*, Award of March 11, 1941. ONU. RIAA, vol. III, p. 1965 y ss., especialmente p. 1974–1980.

asuntos del Gut Dam Claims<sup>5</sup>, sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares<sup>6</sup> y Gabčíkovo-Nagymaros<sup>7</sup>.

En la Opinión consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la amenaza el uso de las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia establece que:

La existencia de una obligación general de los Estados de asegurar que las actividades llevadas a cabo en su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras áreas situadas más allá del control nacional constituye parte del corpus del Derecho internacional del medio ambiente<sup>8</sup>. Este mismo dictum fue reiterado en el Asunto Gabčíkovo-Nagymaros, de 25 de septiembre de 1997, en el que se establece que “La Corte no pierde de vista, en el ámbito de protección ambiental, que la vigilancia y la prevención se imponen en razón de su carácter, en ocasiones, irreversible, de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo propio de reparación de este tipo de daños...<sup>9</sup>.

Posteriormente, este deber se incluyó en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992<sup>10</sup>. Según este principio, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación

5 Gut Dam Case (Canadá/Estados Unidos), Decisiones de 15 de enero de 1968, de 12 de febrero de 1968 y de 27 de septiembre de 1968. Lake Ontario Claims Tribunal, ILM, vol. 8 (1969), p. 118–143.

6 En su dictamen consultivo de 8 de julio de 1996, el Tribunal Internacional de Justicia afirmó que “... la existencia de una obligación general a cargo de los Estados de asegurarse de que las actividades que se llevan a cabo bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de zonas no sometidas a control nacional forma ya parte del corpus del Derecho internacional del medio ambiente”. Vid. CIJ Recueil, 1996, p. 241–242, párrafo 29.

7 En la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 25 de septiembre de 1997, el TIJ cita el principio para poner de manifiesto “... la gran significación que tiene, según su opinión, la protección del medio ambiente no sólo para los Estados sino también para toda la Humanidad”. Vid. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J., Recueil, 1997, párrafo 53.

8 Vid. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996, p. 241–242, párrafo 29.

9 Cit. *supra*. Párrafo 53 de la Sentencia.

10 Véase Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972, y Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, véase *International Legal Materials* 11, 1972, p. 1416 y en UN Doc. A/CONF/48/14/Rev.1 y United Nations Conference on Environment and Development, “Rio Declaration on Environment and Development”, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev. 1 (1992) y 31 ILM (1992), p. 874, respectivamente.

de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional. El Principio 22 de la Declaración de Estocolmo consagra además la invitación a los Estados para "... cooperar para el desarrollo del Derecho internacional en relación con la responsabilidad y la indemnización a las víctimas de la contaminación y de otros daños ecológicos...", según la cual los Estados tienen la obligación de garantizar que las actividades dentro de su jurisdicción y control, respeten el medio ambiente de otros Estados y áreas fuera del control nacional. Esta obligación se encuentra reconocida en muchos de los tratados internacionales medioambientales actuales y constituye una clara limitación a la actividad internacional de los Estados y de las empresas que están bajo su control.

Sobre esta cuestión, los primeros trabajos codificadores de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), se remontan a su 30º. periodo de sesiones, celebrado en 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional"<sup>11</sup>. No obstante, es hasta 1983 (McCaffrey, 1988, p. 715–731),<sup>12</sup> que la CDI se ocupa exclusivamente de la responsabilidad por las consecuencias físicas que constituyen daños transfronterizos sensibles causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional (Torres Ugena, 1983, p. 109–142). En este sentido, la práctica internacional ha demostrado ser reticente a aceptar un régimen de responsabilidad objetiva (IDI, 1997, p. 479 y ss),<sup>13</sup> también denominada responsabilidad "por riesgo" o "por daños" porque conecta directamente la

---

11 En ese periodo de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en Anuario..., 1978, vol. II (Segunda parte), p. 147–149.

12 De acuerdo con su función de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, prevista en los artículos 1.1 y 15 de su Estatuto, UN–Doc. A/CN.4/4/Rev.2. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 56/82, del 12 de diciembre de 2001, pedía a la CDI que reanudase el examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad por actos no prohibidos.

13 En este sentido, "Las normas de Derecho Internacional pueden también establecer que quede comprometida la responsabilidad objetiva ("strict") del Estado sobre la única base del daño o lesión... La no–adopción por el Estado de normas y controles apropiados de acuerdos con régimen medioambiental, incluso si en sí misma no constituye violación de una obligación, puede originar su responsabilidad si el daño se produce como una consecuencia, incluyendo el daño causado por operadores bajo su jurisdicción o control".

responsabilidad internacional del Estado con los daños al medio ambiente. Esta relación obedece a la existencia de una peligrosidad inherente a ciertas actividades a las que se añade una garantía extraordinaria que asegura la reparación de los daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas por el derecho internacional, pero ecológicamente peligrosas (Nanda, 1975, p. 1089–1125; Goldie, 1970, p. 283–309)<sup>14</sup>. Su aplicación exige una relación de causalidad material sin que deba mediar culpa o negligencia del Estado autor del daño. Como consecuencia del carácter absoluto de esta responsabilidad se excluye la consideración de eventuales causas de exoneración, de manera que, producido el daño ecológico el Estado tiene la obligación de responder, por lo que la reparación puede ser total. Como ha subrayado Pisillo Mazzeschi (1991), las obligaciones de los Estados aparecen como obligaciones típicas de protección del medio ambiente, que requieren un comportamiento activo del Estado para asegurar su prevención o represión y cuya ausencia determina su responsabilidad por omisión. Sobre la base de criterios de justicia y equidad, ningún Estado debe pagar los daños ambientales derivados de riesgos extraordinarios creados por otros Estados. Se trata de establecer un equilibrio compensatorio entre los intereses contrapuestos de quienes quieren realizar actividades ecológicamente peligrosas y quienes buscan una garantía frente a sus eventuales consecuencias perjudiciales (Dupuy, 1982, p. 432–441).

A partir de 1992, la CDI separa la responsabilidad (*responsibility*) propiamente dicha de la prevención de los daños transfronterizos (*liability*) y en su 49º. periodo de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un grupo de trabajo para abordar la relación entre el principio de prevención y la obligación de conceder una indemnización u otra reparación. El grupo de trabajo señaló que la Comisión había tratado de dos cuestiones dentro del tema: la “prevención” y la “responsabilidad internacional” (*international liability*). En opinión del Grupo

---

14 El incidente del pesquero japonés *Lucky Dragon* en 1954 tuvo como consecuencia el pago de Estados Unidos de 2 millones de dólares en concepto de compensación por los daños causados por la radioactividad, derivada de las pruebas nucleares americanas en la zona del Pacífico, a 53 pescadores del barco japonés *Lucky Dragon*, uno de los cuales resultó muerto. En este caso, los Estados Unidos no aceptaron su responsabilidad, pero hicieron una compensación voluntaria o “graciosa”. Véase Settlement of Japanese Claims for Personal and Properties Damages Resulting from Nuclear Tests in the Marshall Islands in 1954, de 4 de enero de 1975, TIAS, núm. 3160. En el accidente del satélite Cosmos 954 soviético en 1979 que produjo la caída de residuos radiactivos sobre la Tierra, principalmente en Canadá, el gobierno de la URSS aceptó la reclamación canadiense, basada en la idea de la responsabilidad “absoluta” o “estricta” y pagó 2.5 millones de dólares como indemnización.

de Trabajo, esas dos cuestiones eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y responsabilidad deberían tratarse en adelante por separado. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas”<sup>15</sup>. La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156.

En el caso de las emisiones de gases de efecto invernadero responsables del cambio climático, sería un caso de responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional. El origen de este régimen de responsabilidad se encuentra en la realización de actividades no prohibidas por el derecho internacional pero que entrañan el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible a las personas, los bienes o al medio ambiente. Es decir, existe en esta responsabilidad un daño material, pero no necesariamente un daño jurídico. En cambio en la responsabilidad por hecho ilícito identifica el daño jurídico con el daño material.

Un paso en este sentido fue el Proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,<sup>16</sup> aprobado el 2 de agosto de 2001, por la CDI en su 53º. periodo de sesiones, con el fin de codificar los principios y normas procedimentales de prevención de daños transfronterizos. El proyecto se centra en la obligación de prevenir el daño, a diferencia de los anteriores proyectos basados en la obligación de reparación del daño. La CDI adoptó también, en 2004, el Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en el caso de daño resultante de actividades peligrosas<sup>17</sup> como respuesta a la responsabilidad internacional en el caso de pérdidas derivadas del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

Los trabajos de codificación de la responsabilidad internacional han servido para determinar el vínculo de obligatoriedad de los Estados y la necesaria

15 Documentos Oficiales de la Asamblea General, *Quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/52/10)*, párr. 168.

16 Véase Comisión de Derecho Internacional (CDI), Informe de trabajo de su 53o. sesión (del 23 de abril al 1o. de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001), AGNU, Suplemento núm. 10, A/56/10.

17 Véase A/CN.4/L.662, de 15 julio de 2004. Este Proyecto fue adoptado definitivamente en la 58o. sesión de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2006 (A/61/10). También consultar el Proyecto en *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, parte 2.



protección del clima como bien común de la humanidad al servicio de la gestión de los Estados, los cuales en virtud de estas normas sobre la responsabilidad internacional deben, de buena fe, observar una diligencia debida. Si bien la obligatoriedad jurídica de los Estados formalmente está fundamentada, en la práctica las dificultades en el establecimiento del nexo causal entre la inacción gubernamental para la adopción de medidas frente a los efectos actuales y potenciales del cambio climático y el riesgo generado constituyen importantes trabas para determinar la responsabilidad por los daños generados por la falta de diligencia debida, como a continuación se procede a analizar.

### **3. LA ACCIÓN JUDICIAL PARA LAS RESPONSABILIDADES CLIMÁTICAS EN ESTADOS UNIDOS**

Aunque no son aún muy numerosos los casos planteados en las jurisdicciones estatales en materia de cambio climático, han empezado a proliferar las demandas civiles con base en la reclamación extracontractual de daños ocasionados por los efectos derivados de la producción del calentamiento global. Al respecto, en Reino Unido<sup>18</sup> o en Australia,<sup>19</sup> esta clase de litigios climáticos va en aumento, pero el caso más paradigmático es el de Estados Unidos.

El aumento de litigaciones por daños a causa del cambio climático en Estados Unidos ha contribuido a que el Poder Judicial lidere la acción climática en ese país. Tal es la importancia actual de la judicatura estadounidense en la lucha contra el calentamiento global, que su más alta instancia judicial estadounidense, la Corte Suprema, en sus recientes fallos ha considerado demandas de responsabilidad civil por daños a causa del calentamiento global amparándose en el *Federal Common Law of Public Nuisance* (derecho

---

18 Las organizaciones civiles "Platform, People & Planet" y "World Development Movement" interpusieron una demanda contra los Comisarios del Tesoro (HM Treasury), el 29 de junio de 2009, por haber invertido billones de libras de dinero público para ser vertido en el Banco Real de Escocia con el fin de realizar inversiones en empresas energéticas y varios proyectos altamente impactantes para el cambio climático y los derechos humanos. Véase *Platform, People & Planet, the World Development Movement and Commissioners of HM Treasury*, CO/5323/2009.

19 Por ejemplo, Federal Court of Australia, *Wildlife Preservation Society of Queensland Proserpine/Whitsunday Branch Inc v Minister for the Environment & Heritage & Ors* [2006] FCA 736. Disponible en: [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal\\_ct/2006/736.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2006/736.html) (consultado el 2 de enero 2012).

común federal de los malestares públicos) (Bleiweiss, 1983, p. 41 y ss.; Harper, 2005–2006; p. 661 y ss., Meiners y Yandle, 1998–1999; p. 923 y ss.). En este sentido, el Poder Judicial, a falta de normativa que regule las emisiones de gases de efecto invernadero está asumiendo las responsabilidades: por una parte, las responsabilidades derivadas de uno de los países que más emite gases y que más contribuye a agravar el problema del cambio climático,<sup>20</sup> y por otra, responsabilidades derivadas por la inactividad del Congreso, ante su proyecto de ley: *Global Warming Pollution Reduction Act*,<sup>21</sup> que se encuentra, en la actualidad, paralizada, y de la autoridad de la Agencia de Protección Ambiental, que no ha concretado limitación y/o reducción de gases con efecto invernadero alguna, a pesar que la Corte Suprema haya ratificado su autoridad y competencia en la materia<sup>22</sup>.

En efecto, frente a la pasividad del Ejecutivo y del Congreso y los correlativos y aparentes vacíos legales, la litigación por el daño ambiental ha proliferado. El Poder Judicial, en concreto, las Cortes de Apelaciones del segundo y quinto distrito —a partir del caso *Connecticut et al. versus American Electric Power Company et al.*— (Pawa y Krass, 2004–2005; 407 y ss.; Engel, 2006–2007, p. 1563 y ss) se han declarado competentes para conocer las demandas de responsabilidad civil por daños a causa del calentamiento global, sin normativa *ad hoc*, amparándose en el *Federal Common Law* de los malestares públicos. Por todo ello, es importante el estudio de esta reciente y trascendente jurisprudencia, puesto que las sentencias de las Cortes, incluso rechazando la no justiciabilidad de la controversia, importan soluciones inéditas en el derecho ambiental de Estados Unidos.

---

20 Actualmente, y a partir de las mediciones del Departamento de Estadísticas de las Naciones Unidas, Estados Unidos emite 5 752 289 toneladas anuales de CO<sub>2</sub>. Por su parte, China ocupa el primer lugar, con un rango de emisión de 6 103 493 toneladas anuales.

21 El proyecto de ley, propuesto a inicios de 2007, tiene por finalidad modificar la regulación del *Clean Air Act*, a fin de establecer una reducción de gases con efecto invernadero del orden del 15% para 2020 (según los niveles existentes en 1990).

22 La propuesta de la Agencia se ha limitado a señalar: "EPA is currently developing proposed emissions standards related to today's proposal. EPA expects that these proposed standards will be ready to propose for public comment several months from now". Environmental Protection Agency, 2009. Proposed Endangerment and Cause or Contribute Findings for Greenhouse Gases Under Section 202(a) of the Clean Air Act (publicado en el *Federal Register*/Vol. 74, No. 78). Washington, DC: U.S. Government, pag. 18.890.

Los aspectos más importantes que caracterizan toda esta doctrina jurisprudencial en el ámbito climático se han fundamentado en: la legitimación activa, los desplazamientos normativos y la tesis de la no judiciabilidad del conflicto, que han permitido estimular la actividad normativa, a partir de las interpretaciones jurisprudenciales.

A partir de lo anterior, el *statu quo* de Estados Unidos parece estar siendo alterado por la jurisprudencia. Los casos sobre litigios climáticos, que hasta el momento han mantenido la atención del Poder Judicial estadounidense y con una gran expectación pública han sido: el *Massachusetts, et al. versus Environmental Protection Agency et al.*; *Ned Comer et al. versus Murphy Oil USA et al.*; *Connecticut et al. versus American Electric Power Company et al.*, y *Native Village of Kivalina and City of Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al.*, y que van a ser objeto de análisis a continuación, por ser, en primer lugar, las únicas acciones desde Estados Unidos realizadas para responsabilizar a sus empresas por los daños ocasionados por sus emisiones de gases de efecto invernadero, principales responsables del cambio climático. Y, en segundo lugar, por ser demandas interpuestas desde diferentes sectores de la sociedad civil para reclamar la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados y sufridos por las víctimas del cambio climático<sup>23</sup>.

La intervención de la judicatura de Estados Unidos, que hasta ahora se ocultaba, ha hecho que este poder desempeñe un rol protagónico en la lucha contra el cambio climático, cuestionando la clásica y tajante división de poderes.

### **3.1. El deber de regular y prevenir los efectos del cambio climático**

Uno de los primeros casos de interés presentados en las cortes norteamericanas fue el llamado *Massachusetts et al. versus Environmental Protection Agency et al.*<sup>24</sup> *56 Massachusetts, et al., Petitioners v. Environmental Protection Agency, et al.* 549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438. El 20 de octubre de 1999, un grupo de organizaciones

---

23 Sobre esta cuestión consultar: Global Warming Panel, Part II, "The Role of State Attorneys General in National Environmental Policy", 30 *COLUM. J. ENVTL. L.* 351, 352 (2005).

24 *Massachusetts, et al., Petitioners v. Environmental Protection Agency, et al.* 549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438.

privadas, estados y administraciones locales de Estados Unidos<sup>25</sup> solicitaron a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) de Estados Unidos la regulación de las emisiones de gases con efecto invernadero, incluyendo el dióxido de carbono de los nuevos vehículos motorizados, de acuerdo con el párrafo 202 de la Ley del Aire Limpio (Clean Air Act),<sup>26</sup> que exige a la EPA el establecimiento de estándares “aplicables a la emisión de cualquier contaminante del aire de cualquier clase... de vehículos de motor nuevos... que a juicio de la Agencia causen, o contribuyan a causar, contaminación del aire... razonablemente... considerada perjudicial para la salud o el bienestar público”<sup>27</sup>.

Ante esta exigencia, la Agencia negó la petición de establecer regulaciones, argumentando, entre otras razones, que la Ley del Aire Limpio no faculta a la EPA para regular sobre el cambio climático y, además, que aunque pudiera tener la autoridad de hacerlo, hubiera sido irrazonable hacerlo por la falta de un vínculo inequívoco entre las emisiones de gases de efecto invernadero y el calentamiento global.

En general, la EPA sostuvo que tales gases no cabían dentro de la definición de contaminante del aire que contemplaba la ley. Finalmente, afirmó que la normativa había sido pensada, aún en su última enmienda de 1990, como un instrumento destinado a la lucha contra la contaminación local, mas no como herramienta para regular concentraciones que atraviesan la atmósfera mundial.

A los diecinueve peticionarios iniciales, se sumaron, posteriormente, varios estados — entre ellos, Massachusetts — y diversos distritos locales, quienes

---

25 Las organizaciones fueron: *Centro Internacional de Evaluación de Tecnologías*, *Alliance for Sustainable Communities*; *Applied Power Technologies, Inc.*; *Bio Fuels America*; *The California Solar Energy Industries Assn.*; *Clements Environmental Corp.*; *Environmental Advocates*; *Environmental and Energy Study Institute*; *Friends of the Earth*; *Full Circle Energy Project, Inc.*; *The Green Party of Rhode Island*; *Greenpeace USA*; *International Center for Technology Assessment*; *Network for Environmental and Economic Responsibility of the United Church of Christ*; *New Jersey Environmental Watch*; *New Mexico Solar Energy Assn.*; *Oregon Environmental Council*; *Public Citizen*; *Solar Energy Industries Assn.*; y *The SUN DAY Campaign*.

26 La Ley de 1970, enmendada en 1977 y 1990, fue incorporada en el United States Code en su Título 42, Capítulo 85. El texto de la Ley está disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2008-title42/pdf/USCODE-2008-title42-chap85.pdf> (consultada el 2 de enero de 2012).

27 La Ley del Aire Limpio establece: "The Administrator shall by regulation prescribe (and from time to time revise) in accordance with the provisions of this section, standards applicable to the emission of any air pollutant from any class or classes of new motor vehicles or new motor vehicle engines, which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare", (*Clean Air Act*, Título II, Parte A, Sec. 202, núm. 1).

solicitaron la revisión de la decisión de la EPA ante la Corte de Apelaciones de Columbia. Uno de los mayores problemas de los peticionarios fue sortear con éxito el requerimiento del *standing to sue*. Según éste, los actores, para encontrarse legitimados activamente, deben demostrar un perjuicio concreto y particularizado, de manera actual o inminente. A pesar del voto disidente del juez Tatel — quien afirmó que Massachusetts había satisfecho cada uno de los requisitos del *standing*, dada la probabilidad sustancial que el aumento en el nivel del mar causare daños millonarios en su zona costera —, dos de los tres jueces decidieron fallar el fondo del asunto, sin pronunciamientos definitivos acerca del derecho a demandar. El resultado no fue esperanzador: el tribunal sostuvo que la EPA había ejercido sus facultades legales al negarse a regular los gases con efecto invernadero bajo la Ley del Aire Limpio. Por consiguiente, la Corte denegó la petición de revisión.

A diferencia de la Corte de Apelaciones de Columbia, la Corte Suprema sí decidió acerca del *standing to sue* de la parte actora. Citando el caso *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006) —y basándose en la jurisprudencia de *Georgia v. Tennessee Copper Co.* (1907) — el Tribunal Supremo consideró, con buen criterio, que bastaba con que uno de los peticionarios tuviera derecho a la revisión judicial. Al respecto, la Corte sostuvo que el derecho recaía en el estado de Massachusetts: el Congreso había ordenado a la Agencia la protección del Estado mediante el establecimiento de estándares para contaminantes que causaran o contribuyan al daño de la salud o del bienestar. La Corte Suprema de los Estados Unidos (por 5 votos contra 4) estimó el recurso interpuesto contra la decisión previa del D. C. Circuit, favorable a la EPA, considerando que la ley le autorizaba a emitir las regulaciones instadas y que sus otros argumentos para no hacerlo fueron “arbitrarios, caprichosos y no ajustados a la Ley”.

Sobre el fondo, la Corte señaló, como primer punto, que la EPA estaba autorizada para regular la emisión de gases con efecto invernadero de los vehículos a motor, pues ellos sí encajaban dentro de la definición de contaminante del aire que consagraba la ley. Siguiendo este razonamiento, el tribunal consideró que, bajo los claros términos de la Ley del Aire Limpio, la EPA podía evitar tomar acciones sólo si determinaba que los gases con efecto invernadero no contribuían al cambio climático o si proveía alguna explicación razonable para no ejercer su autoridad. Así, la Corte se opuso a la posición de no regular tales gases mientras no existiera certeza científica de la

relación entre estos y el calentamiento global: si la incertidumbre era suficiente para impedir una decisión fundada, la EPA debía decirlo. El tribunal, por tanto, ordenó que la Agencia determinara si las emisiones de gases con efecto invernadero de los nuevos vehículos a motor causaban o contribuían a la contaminación del aire, de manera que razonablemente pudiera anticiparse un daño a la salud o al bienestar, o si el estado de la ciencia era muy incierto para elaborar una decisión motivada.

La competencia exclusiva que la Ley del Aire Limpio le otorgaba a la Agencia de Protección Ambiental impedía que la Corte Suprema pudiera incorporar los contaminantes referidos en la misma. Así, la Corte Suprema sólo pudo ordenar que la Agencia emitiera un pronunciamiento claro sobre el particular. El problema, sin embargo, fue que en tal decisión, la Corte no estableció plazos prudenciales que vincularan al organismo de protección ambiental. Por ello tuvieron que transcurrir más de dos años para que la EPA, este 17 de abril, finalmente declarara dos “hallazgos peligrosos”: primero, que las concentraciones de seis gases con efecto invernadero son un peligro para la salud pública y el bienestar, en los términos de la Ley del Aire Limpio, y segundo, que en los vehículos motorizados, la emisión combinada de cuatro de ellos contribuye a la concentración de gases contaminantes y, por tanto, a la amenaza del cambio climático.

No cabe duda que el presente caso tuvo mucha relevancia por el hecho de haber rechazado la legalidad de una línea de defensa equivocada de la administración federal en una cuestión medioambiental de suma importancia. A raíz de este pronunciamiento, ya existen iniciativas legislativas federales para abordar la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero.

### **3.2. La reclamación por daños derivados de la actividad industrial**

Otro caso bastante relevante, conocido como *Ned Comer, et al. versus Murphy Oil USA, et al.*, se interpuso por un grupo de víctimas del Huracán Katrina, que decidieron, semanas después de la tormenta (agosto de 2005), demandar colectivamente (20 de septiembre de 2005) a las principales compañías emisoras de gases de efecto invernadero, por su responsabilidad en la producción del ciclón tropical y reclamar la indemnización por daños y

perjuicios de estas compañías multinacionales. Los demandantes alegan que el uso por los acusados de energía derivada de combustibles fósiles y de productos químicos en Estados Unidos provocó la emisión de gases de efecto invernadero que contribuyeron al calentamiento global. A diferencia del caso Massachusetts, centrado en daños potenciales derivados de la inacción gubernamental, en el presente caso los demandantes centran sus alegaciones en la obligación de las empresas de evitar poner en peligro injustificadamente el medio ambiente, salud pública, la propiedad pública y privada. En realidad, la falta de regulación, de debida diligencia y de control gubernamental está subyacente a los reclamos de los demandantes, principales argumentos del caso anterior.

Este caso, Ned Comer, ha sido comparado con la demanda judicial contra las tabacaleras, el caso Howard Engle, pero en el ámbito del cambio climático. Este proceso superó varios obstáculos jurídicos fundamentales, después de haber sido rechazado por el Tribunal de Distrito, el 30 de agosto de 2007, por entender que era un debate que simplemente no tiene lugar en la Corte, puesto que respondía a consideraciones políticas. Este argumento forma parte de una antigua doctrina — conocida tradicionalmente bajo el término: *political questions* — que fue formulada por la Corte Suprema de Estados Unidos, identificando seis factores que podían considerarse de carácter político y que permitían rechazar un caso. Respecto a este caso, el fallo del tribunal fue motivado principalmente por el tercer factor: la imposibilidad de equilibrar la tensión dialéctica de los intereses en juego, esto es, la protección ambiental y el desarrollo económico, sin una política inicial de gobierno. Con base en esta doctrina, el tribunal sostuvo que el Congreso, primero, deberá promulgar una legislación “que establezca las normas apropiadas por las que este tribunal pueda medir la conducta”.

A pesar de este primer pronunciamiento, los demandantes obtuvieron un éxito inesperado en segunda instancia: el juez consideró que habría suficiente relación entre la actuación de las empresas y los daños sufridos por las víctimas. En efecto, en la Corte de Apelación del Quinto Circuito de Mississippi, tres jueces decidieron en octubre de 2009, que el caso podría ser tenido en consideración.

Una de las cuestiones más significativas del caso es que la Corte de Apelación entiende que de acuerdo con el artículo III de la Constitución Política de Estados Unidos, regla jurídica que consagra el requerimiento de la legitimación, no se establece, en términos causales, un requisito estricto de proximidad —“*an indirect causal relationship will suffice*”.

No obstante, en febrero de 2010, el mismo tribunal decidió volver a examinar si se podía tener en cuenta, en esta ocasión, con nueve jueces. Finalmente, el 28 de mayo de 2010 la Corte de Apelación del Quinto Circuito rechazó, definitivamente, la apelación sin haber llegado a una solución sobre el caso.

Los demandantes recurrieron ante la Corte Suprema — *Petition for writ of mandamus* — donde se dilucidaron las cuestiones procedimentales y, después de reconocer la excepcionalidad de este caso, la Corte Suprema en mayo de 2011 deniega la petición de mandato de la Corte y remite de nuevo el caso a la Corte de Apelación para que resuelva la petición de los demandantes.

La nueva acción se basa en la molestia pública y privada, la infracción, y las causas de negligencia de acción conforme a la Ley de Mississippi, el enriquecimiento injusto y la relación entre las emisiones de GEI y el calentamiento global. La reclamación expone que los demandantes sufrieron daños y perjuicios en el Huracán Katrina como consecuencia de la producción, la exploración, la minería, o actividades de combustión por el carbón, el aceite, y empresas químicas. Como en la acción previa, los demandantes argumentan que las emisiones GEI de los demandados contribuyeron al efecto devastador y mortífero del Huracán Katrina.

En la misma línea, un segundo caso al que debe prestarse atención es el caso *Connecticut et al. versus American Electric Power Company et al.*, en el que dos grupos de demandantes, ocho estados federales y tres organizaciones no gubernamentales, separadamente, entablaron, en 2004, acciones judiciales en contra de las cinco compañías generadoras de electricidad más importantes de la nación. Amparados por el *Federal Common Law of Public Nuisance* y bajo el fundamento de estar ante los mayores contaminadores de gases con efecto invernadero del país, causantes de aproximadamente el 10% de la emisión nacional, los actores solicitaron la limitación y posterior reducción de sus niveles de CO<sub>2</sub>.

En primera instancia, el Tribunal de Distrito, acogiendo los argumentos de la defensa sobre la falta de legitimación activa, desestimó, el 15 de septiembre de 2005, la demanda con base en su no judiciabilidad. El Tribunal entendió que la acción judicial, por su naturaleza política, no podía quedar sujeta a la decisión del tribunal.

En este asunto, la decisión de la Corte de Apelaciones del segundo circuito, del 21 de septiembre de 2011, fue de gran importancia. El fallo revirtió los principales obstáculos afirmados en primera instancia, pero también supuso



una gran aportación en la construcción jurisprudencial del régimen jurídico de daños a causa del cambio climático. De entre las cuestiones analizadas por la Corte, que además ya fueron analizadas por la Corte de Apelaciones del quinto distrito en el caso ya citado de *Ned Comer et al. versus Murphy Oil USA et al.*, destacan las siguientes: en primer lugar — para desestimar la alegación de no judiciabilidad —, caracteriza el conocimiento de las demandas por daños entre ciudadanos de diversos estados, como una función propia de la judicatura federal, afirmando la legitimación activa de los entes estatales y privados por ser víctimas de los daños del calentamiento global. En segundo lugar, traspasa el peso de la prueba a la defensa, en términos de identificar y sostener la regla constitucional — o, en su caso, el deber federal — que obligaría a mantener la controversia en el plano político, y el tercer aspecto de interés consiste en la aplicación del *Federal Common Law of Public Nuisance* para la indemnización de daños a causa del cambio climático, puesto que actualmente no hay ninguna ley federal sobre el calentamiento global y, por lo tanto, no se puede rechazar una reclamación de molestias de acuerdo con el derecho consuetudinario federal. Así, los tribunales federales — que han juzgado reclamaciones ambientales bajo el derecho consuetudinario federal durante más de 150 años — pueden y deben seguir actuando de este modo.

En relación con la legitimación activa, el fallo, siguiendo el precedente del caso *Massachussets, et al. versus Environmental Protection Agency, et al.*, ratifica la competencia de los estados federales para interponer acciones ambientales en favor de sus residentes. Por otro lado, la sentencia resulta de especial interés para las organizaciones no gubernamentales. La Corte sostuvo su derecho para formular, en nombre propio y sin representación alguna, pretensiones de naturaleza ambiental. Finalmente, a los efectos de la indemnización, la sentencia señala la necesidad de compensar, proporcionalmente, los daños del cambio climático a partir de las utilidades generadas por las compañías de electricidad. Además, en virtud de su gran extensión conceptual, también considera comprendidas otras entidades, como las municipalidades y las ONG's.

Con relación a la naturaleza política de la controversia, esto es, el fundamento principal para la desestimación de la demanda en primera instancia, la Corte de Apelaciones del segundo distrito restringe el ámbito de aplicación de la no judiciabilidad. En este sentido, la Corte afirma la naturaleza excepcional de la institución, especialmente en el ámbito del *Federal Common Law of Public Nuisance*. Al respecto señala que: “... the fact that a case may present complex

*issues is not a reason for federal courts to shy away from adjudication*” y también que “...*federal courts have successfully adjudicated complex common law public nuisance cases for over a century*”. Según la Corte, la inexistencia de una legislación relativa a las emisiones de CO<sub>2</sub>, no permitiría sin más y con base en la doctrina anterior, dejar sin aplicación el *Federal Common Law*.

La tesis de la Corte, en este sentido, se opone a los razonamientos de primera instancia, que limitaban su aplicación para las simples molestias públicas. Esta interpretación del sentenciador podría considerarse opuesta a la decisión de la Corte Suprema — en torno a la autoridad de la Agencia de Protección Ambiental para regular sobre el cambio climático — en el caso *Massachusetts et al. versus Environmental Protection Agency et al.* Sin embargo, la Corte entiende que aun cuando la Agencia de Protección Ambiental no establezca regulaciones, subsiste la facultad jurisdiccional de conocer y resolver, a partir del *Federal Common Law*, los daños ocasionados a consecuencia del cambio climático. Establecido este ordenamiento legal, permitiría la aplicación del principio: *lex specialis derogat legi generali* y dejaría sin aplicación el *Federal Common Law of Public Nuisance*.

Un tercer caso de interés en estas reclamaciones de daños frente a corporaciones industriales es el de *Native Village of Kivalina and City of Kivalina v. Exxon Mobil Corporation et al.*

El pueblo esquimal de Kivalina se encuentra en el noroeste de Alaska, en Estados Unidos. Esta aldea, habitada por una comunidad inupiat de unas 400 personas, sufre los efectos del cambio climático y atribuye la responsabilidad de los daños sufridos sobre su población y territorio a la explotación petrolera. El cambio climático que se produce por la elevada contaminación ambiental es el principal responsable de las condiciones de vida en este lugar. En efecto, este territorio está sufriendo la erosión de su territorio, puesto que al disminuir la cantidad de hielo, el viento y las fuertes tormentas afectan gravemente la tierra y las condiciones de vida de la aldea. Los pronósticos alertan de la necesidad de desplazar en 5 o 10 años a las personas que viven en Kivalina a otro territorio, ya que las condiciones de vida no serán posibles en este lugar porque el océano está destruyendo la tierra.

La población de Kivalina, en búsqueda de los responsables de su situación tan precaria, interpuso, el 26 de febrero de 2008, una demanda en la Corte de Distrito Norte de California contra 24 de las grandes industrias energéticas de Estados Unidos, entre ellas, Exxon Mobil, BP y Shell, por daños y perjuicios a

su propiedad que se contabilizan de 95 a 400 millones de dólares, ya que estas compañías extraen petróleo en esta zona desde hace años.

Siendo los pobladores de Kivalina un pueblo indígena Inuit, este caso recuerda a la petición promovida, en anterioridad en 2005, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por la Conferencia Circumpolar Inuit, en representación del pueblo Inuit de las regiones árticas. En la petición se demandaba a Estados Unidos<sup>28</sup> sobre la base de que el cambio climático amenaza su ancestral estilo de vida<sup>29</sup>. A través de esta petición se solicitaba que la Comisión dictaminara que las emisiones de carbono de Estados Unidos, principal emisor de gases invernadero con el 29% del total de emisiones, han contribuido tanto al calentamiento global que su actuación debería ser considerada como una violación de los derechos humanos, por no adoptar medidas eficaces para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y por no proteger los derechos humanos de los Inuit de los impactos originados por el cambio climático. No obstante estos argumentos, la petición de los Inuit fue rechazada por la CIDH en noviembre de 2006, por no aportar suficientes pruebas del daño ocasionado<sup>30</sup>.

Los demandantes de Kivalina, de forma parecida, argumentan que los niveles peligrosos de gases con efecto invernadero emitidos por los demandados han generado una molestia pública de acuerdo con el derecho común federal. Asimismo, argumentan que gran parte de los demandados han participado en la conspiración para promover un falso debate científico sobre el cambio climático.

El 30 de septiembre de 2009, la demanda fue desestimada fundamentándose en que la regulación de las emisiones de gases de efecto invernadero era más una cuestión política que legal y que era competencia del Congreso y la administración

---

28 Petition to the Inter American Commission on Human Rights seeking relief from Violations resulting from Global Warming caused by Acts and Omissions of The United States. La Petición fue codificada con el núm. P-1413-05. Consultar también Earth Justice, Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States, 7 de diciembre de 2005. Disponible en: [www.earthjustice.org/library/reports/ICC\\_Human\\_Rights\\_Petition.pdf](http://www.earthjustice.org/library/reports/ICC_Human_Rights_Petition.pdf).

29 Petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para buscar remedio a las violaciones resultantes del calentamiento global causadas por actos y omisiones de Estados Unidos, 2005. Disponible en: <http://inuitcircumpolar.com/index.php?ID=316&Lang=En>.

30 Véase Carta enviada a Sheila Watt-Cloutier como representante del peticionario, el Pueblo Indígena Inuit. Petition No. P-1413-05. Consultar el documento: <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/science/16commissionletter.pdf>.

y no de los tribunales.<sup>93</sup> A continuación, se presentó el recurso de apelación ante la Corte de Apelación del Noveno Circuito, en noviembre de 2009.

Aunque esta demanda podía haber constituido un precedente importante, puesto que la evidencia científica es cada vez más fuerte de que los combustibles fósiles son los principales responsables del cambio climático, finalmente el tribunal de apelaciones dijo que Kivalina no podía seguir con su demanda bajo la ley federal común porque la Ley de Aire Limpio y las regulaciones de la administración Obama dirigidas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero descartan esas reclamaciones. Esta decisión fue provocada en parte por el fallo del Tribunal Supremo de 2011, en el caso ya analizado del *American Electric Power contra Connecticut*.

#### **4. EL DEBER DE CUIDADO PARA LAS GENERACIONES FUTURAS: LOS CASOS URGENDA Y OUR CHILDREN TRUST**

Las experiencias en Estados Unidos, aunque mayoritariamente fallidas, han permitido poner de manifiesto la necesidad de denunciar como la inactividad gubernamental guarda relación con los daños y malestares públicos que sufre la población como consecuencia del cambio climático. De esta forma, progresivamente se va afianzando la responsabilidad de los Estados en el deber de cuidado de su población frente a las alteraciones climáticas, esto es: el deber de promover políticas y normas de prevención y de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; el deber de proteger frente a los daños climáticos y, finalmente, el deber de reparar los daños sufridos, tal como sucedía en el caso de Ned Comer y el caso de Kivalina.

Recientemente, otros casos se han promovido en Estados Unidos, e incluso en Europa, centrados de nuevo en la necesidad de una política activa climática a nivel gubernamental como requerimiento del deber de cuidado, no solo de las generaciones presentes, sino también en las futuras. Estos nuevos casos reflejan la necesidad de una respuesta de compromiso y responsabilidad frente al fenómeno del cambio climático. En Europa, el caso Urgenda se ha centrado en el deber de cuidado que obliga a los Estados, en este caso, al gobierno holandés a responsabilizarse frente a la necesidad de protección de

sus ciudadanos y generaciones futuras y en Estados Unidos, se ha centrado este deber de cuidado en la necesidad de reconocer la atmosfera como bien público que debe gestionar y proteger los poderes públicos en beneficio de sus ciudadanos y las generaciones venideras.

## **4.1. La doctrina del deber de cuidado en Europa**

El caso Urgenda Climate<sup>31</sup>, el primer caso en Europa, en el que los ciudadanos intentan obtener la responsabilidad del Estado por su inacción ante el problema del cambio climático. Este también el primer caso, que difiere de los anteriormente analizados, ya que el principal argumento se basa en los derechos humanos, como fundamentación jurídica para proteger a los ciudadanos frente a los impactos del cambio climático.

Este caso se inició en noviembre de 2012 con una carta al gobierno holandés requiriendo una acción y un llamamiento para una demanda colectiva, en el que la ciudadanía holandesa apoyara al caso y se uniera al caso como codemandantes. Un año más tarde, el 20 Noviembre de 2013, la Fundación Urgenda, junto con 900 codemandantes, presentó una demanda contra el gobierno holandés. El 14 de abril de 2015, la Corte de distrito de la Haya oyó los argumentos de las partes. El veredicto se emitió a través de Sentencia de 24 de junio<sup>32</sup>. En este fallo, la Corte de distrito de la Haya ordena a los Países Bajos adoptar las medidas necesarias para que las emisiones de gases de efecto invernadero se reduzcan, para el 2020 en al menos un 25% respecto a los niveles de 1990. El Tribunal consideró que los objetivos y las acciones adoptadas por el Estado llevarían, en 2020, una reducción del porcentaje de 14 a 17%, y por lo tanto insuficiente en comparación con los porcentajes de entre 25% a 40%, defendidos como necesarios por la comunidad científica internacional y, en particular, por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio climático.

En este fallo se observa no solo la novedad de la cuestión debatida, sin precedentes en la jurisprudencia de los Estados, sino también porque identifica

---

31 Consultar el sitio web: <http://www.urgenda.nl/en/climate-case/>. También a Van Zeben, J. (2015). "Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?", *Transnational Environmental Law*, 4, pp 339–357.

32 Procedimiento C/09/456689/HA ZA 13-1396.

la obligación del Estado neerlandés, basada en gran medida en los resultados de la investigación científica, así como el uso de principios internacionales para limitar la discrecionalidad del Estado en la adopción de medidas para proteger el medio ambiente. En efecto, la cuestión a resolver por la Corte era determinar la existencia o no de una obligación del Estado de limitar las emisiones de gases de efecto invernadero más allá de lo que el mismo gobierno había establecido en sus políticas climáticas. En otras palabras, la cuestión era sí o no el Estado neerlandés tenía el deber de "cuidar" ("deber de cuidado"), en términos de reducción de las emisiones, a los miembros de la Fundación Urgenda y, en definitiva, de toda la sociedad holandesa.

La fundamentación jurídica de esta cuestión puede encontrarse en el artículo 21 de la Constitución holandesa, que exige al Estado un deber de cuidado en las condiciones de vida del país, la protección y mejora del medio ambiente, así, en los términos fijados por las obligaciones internacionales asumidas por el Estado holandés de acuerdo con las fuentes del Derecho internacional, en concreto, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, y el posterior Protocolo de Kyoto de 1997, mediante el cual los Estados signatarios se fijaron el objetivo, para el período 2008–2012, de reducir las emisiones anuales de un 5,2% en relación con 1990. Pero incluso la obligación está aun más clara y precisa en el Código civil holandés. Por lo tanto, la existencia de tal obligación está asegurada, al menos desde el punto de vista del Derecho nacional holandés. Asimismo, cabe recordar que el Consejo de la UE en marzo de 2007, había aprobado el objetivo de reducir, para el año 2020 de la UE, las emisiones de gases de efecto invernadero en un 30% en comparación con los niveles de 1990, como contribución a un acuerdo global el período posterior a 2012, siempre que otros países desarrollados se comprometieran a reducciones de emisiones comparables y que los países en desarrollo más avanzados se comprometieran a contribuir adecuadamente en función de sus responsabilidades y capacidades. La UE reiteró la intención en el año 2012, tras la aprobación de la enmienda al Protocolo de Kyoto en Doha.

Al respecto, existen numerosas fuentes europeas relativas a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, y que, según la parte demandante Urgenda, podrían ser interpretadas como una fuente de la obligación de diligencia impuesta al Estado holandés: así, por ejemplo, el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que regulan el medio ambiente, los acuerdos internacionales sobre cambio climático y el

principio de naturaleza consuetudinaria de no causar daños ambientales (“no-harm” principle) para afirmar la existencia de un deber de protección del Estado. Y también las Directivas sobre comercio de emisiones: la 2003/87/CE y 2004/101/CE, así como la 2009/29/CE. También mencionar la Comunicación al Parlamento Europeo de 22 de enero de 2014, en la que la Comisión propuso establecer el objetivo de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en la UE en un 40% respecto a los niveles de 1990, para el año 2030.

Según la pretensión de los demandantes, el deber de cuidado del Estado neerlandés también podría basarse en el principio de la "norma de no hacer daño", según el cual se requiere la acción de un Estado para prevenir, reducir y controlar el riesgo de daños al medio ambiente de otros Estados. No obstante, el Tribunal holandés consideró que mediante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kyoto, el principio de la "norma de no hacer daño", el Estado neerlandés se une a otros Estados y se compromete respecto a estos sujetos de Derecho internacional, pero no a los ciudadanos directamente y, por lo tanto, no se justifica la legitimación activa de la asociación ecologista en la reclamación de las obligaciones internacionales. Una exclusión similar también se produce respecto a la legislación europea.

El Tribunal de Distrito también declaró que los principios contenidos en la Convención Marco de 1992, y en el art. 191 del TFUE, sin imponer obligaciones directas hacia los ciudadanos, estos son elegibles para medir el uso adecuado de la discrecionalidad del Estado para establecer las políticas para reducir las emisiones y concluyó que el Estado neerlandés, al no haber puesto en marcha ser medidas suficientes para prevenir el cambio climático perjudicial, que ha actuado "con negligencia" (en el sentido del derecho de daños anglosajona).

Asimismo, según el Tribunal, tampoco cabe afirmar, como hizo Urgenda en su demanda, que pueda ser víctima de la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 2 (derecho a la vida) y 8 (protección del domicilio, la vida familiar y privada) contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. Por otro lado, como ya ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosos precedentes jurisprudenciales, el deterioro grave ambiental no puede por sí mismo ser objeto de protección por el Convenio en la medida que no se encuentre vinculado a uno de los derechos subjetivos en él contenido. No obstante, No obstante, el Tribunal holandés encuentra de gran utilidad tanto la normativa europea como la internacional en materia de cambio climático, así como la jurisprudencia del TEDH como

parámetros interpretativos para establecer los estándares de exigencia del deber de protección, el margen de apreciación o grado de discrecionalidad con el que cuenta el Estado holandés, así como el mínimo de protección que ha de garantizar (pars.4.46 y ss.).

Por otra parte, tampoco se justifica la falta de actuación del Estado holandés por ser un país pequeño como Holanda y por el reducido impacto en la mitigación del cambio climático. En opinión del Tribunal holandés, cualquier reducción de emisiones contribuye a la prevención del peligro del cambio climático (pars. 4.79 y ss.). Es más, la mayor o menor contribución de Holanda al cambio climático no altera, en opinión del Tribunal, la existencia del deber de protección (par. 4.79).

El Tribunal advierte que con esta sentencia no pretende entrar en el ámbito de la política y que su examen se limita a tratar de ofrecer una protección jurídica. Por este motivo, ha de respetarse el margen de apreciación que pueda tener el Estado para llevar a cabo las reducciones pertinentes. Sin embargo, el Estado no cuenta con un margen ilimitado, sino que ha de cumplir con un mínimo. Atendiendo al IPCC, a los acuerdos de cambio climático y al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, dicho margen ha de encontrarse necesariamente dentro de la horquilla de 25–40%, siendo el 25% lo mínimo exigible. Por lo tanto, siendo la previsión de reducción de gases de efecto invernadero de Holanda para el 2020 tan solo del 17%, la actuación del Estado rebasa su margen de apreciación y su falta de actuación se considera un comportamiento negligente. Para el Tribunal, en definitiva, existe un vínculo de causalidad suficiente entre las emisiones de gases de efecto invernadero holandesas y los efectos que está produciendo y producirá el cambio climático (par. 4.90), afirmando que el Estado ha actuado negligentemente al no hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo de reducción de, al menos, el 25%.

El Tribunal concluye que el Estado debe cumplir con su deber de protección mediante la adopción de actuaciones prontas y contundentes en materia de mitigación o reducción de gases de efecto invernadero. El Estado, en este sentido, es responsable de controlar efectivamente los niveles de emisión holandesa y no puede escudarse en argumentos que apelan al coste de las actuaciones tendentes a la reducción pues, como ya se ha dicho, no actuar o dilatar en el tiempo las actuaciones necesarias, resultará más costoso.

Esta es sin duda una línea argumental novedosa, puesto que identifica de manera independiente de las obligaciones del Estado en relación con la



adopción de medidas para proteger el clima y los efectos que la alteración climática podría producir más allá de las fronteras de los Países Bajos, facilitando así la generación de disputas similares en otros Estados, como ya sucede en Bélgica y Noruega.

## **4.2. La doctrina del bien público en Estados Unidos**

Otro grupo de litigios relacionados con el cambio climático han sido presentados en representación de niños y jóvenes de Estado Unidos en los últimos años, en diferentes Estados de Estados Unidos, con la finalidad de captar la atención de la industria de los combustibles fósiles, que se está uniendo al gobierno para oponerse a esta demanda por mayores reducciones de contaminación. Estas acciones judiciales se han denominado “Atmospheric Trust legal actions”, basadas en la doctrina del “Public Trust” o del bien común.

Esta doctrina establece que es deber del gobierno de proteger los recursos naturales que son esenciales para la supervivencia y la prosperidad colectiva. Estos recursos como los ríos, aguas subterráneas, el mar, y en general, el ambiente no puede ser privatizado o substancialmente deteriorado porque pertenecen a todos por igual, incluso a aquellas generaciones que aún no han nacido. Por lo tanto, el gobierno tiene la obligación legal de conservar los recursos y gestionar estos ellos confían en beneficio de todos, no sólo para el beneficio de las empresas. En este sentido, el gobierno no puede permitir la privatización de la atmósfera. La doctrina del fideicomiso público está bien establecida, por ejemplo, en la legislación estadounidense y en muchas otras tradiciones jurídicas otras partes del mundo. Las acciones legales, que han proliferado de acuerdo con esta doctrina arraigada en la comprensión moderna de la atmósfera, encuentran el suficiente fundamento jurídico como para exigir a los gobiernos que reconozcan y protejan el derecho colectivo a un clima habitable estable.

Actualmente, en Estados Unidos existen diversas causas pendientes en las que la doctrina del bien común constituye el principal reclamo de las partes demandantes. Estas causas están siendo conocidas actualmente en los tribunales de Alaska, Texas, Arizona, Kansas, Montana y Pensilvania. Todas estas causas fueron impulsadas por el grupo Our Children Trust.

Uno de los casos exitosos de la aplicación de esta doctrina fue resuelto el 19 de noviembre de 2015, cuando el juez de la Corte Superior del Condado de

King, Hollis R. Hill, emitió una sentencia pionera en un caso sin precedentes, en el que jóvenes peticionarios solicitaron que el Departamento de Ecología de Washington adoptara una norma sobre las emisiones de carbono para proteger la atmósfera para las generaciones presentes y las venideras<sup>33</sup>.

En esta decisión histórica, el juez Hill declaró, en su decisión que "... la propia supervivencia [de los jóvenes] depende de la voluntad de sus mayores de actuar ahora, con decisión y de manera inequívoca, para detener la marea del calentamiento global... antes de que se convierta en demasiado costoso y demasiado tarde"<sup>34</sup>.

Destacando las relaciones inextricables entre las aguas navegables y la atmósfera, y determinando que la separación de las dos es "absurda", el juez entendió que la doctrina del fideicomiso público exige que el Estado actúe a través de la agencia designada para proteger los comunes que se le han confiado. El tribunal confirmó que los jóvenes de Washington y de la juventud de diferentes naciones han argumentado ante los tribunales que "el Estado tiene la obligación constitucional de proteger el interés del público sobre los recursos naturales confiados al Estado en fideicomiso para el beneficio común de la gente"<sup>35</sup>.

La principal pretensión de los 21 demandantes, de entre 8 y 19 años de edad, es que el gobierno se comprometa a reducir significativamente las emisiones de dióxido de carbono e implementar un plan de recuperación del clima basado en la ciencia que proteja a la Tierra para las futuras generaciones, de acuerdo con el grupo Our Children Trust, con sede en Oregon (oeste de Estados Unidos).

Para ello formularon la petición a la Corte federal del distrito de Oregon, para que ordenara al gobierno reducir rápidamente las emisiones de dióxido de carbono para que las concentraciones de CO<sub>2</sub> en la atmósfera no sean más que 350 partes por millón hacia 2100. Los denunciantes afirman que el gobierno federal conocía los peligros de las emisiones de carbón desde

33 Consultar la Sentencia *Zoe and Stella Foster et al. vs. Washington Department of Ecology*, en: [http://ourchildrenstrust.org/sites/default/files/15.11.19.Order\\_FosterV.Ecology.pdf](http://ourchildrenstrust.org/sites/default/files/15.11.19.Order_FosterV.Ecology.pdf) (consultado el 1 de diciembre 2015).

34 *Ibid.*

35 *Ibid.* El Tribunal se basa en la interpretación jurisprudencial del artículo XVII Sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos y en el caso *Washington State Geoduck Harvest Assn. V. Washington State Dept. of Natural Resources*, 124 Wn. Ap. 441, 447-48 (2004).

1965, pero no hizo lo suficiente para detenerlas. Específicamente, según los demandantes, las promesas del Congreso de la década de 1990 y de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) para reducir significativamente las emisiones de CO<sub>2</sub>, nunca fueron implementadas.

Según los demandantes, esta falta de acción demuestra que el gobierno federal ha violado los derechos constitucionales de la generación más joven a la vida, libertad, prosperidad, así como que ha fallado en proteger los recursos públicos esenciales. Además, el gobierno ha continuado permitiendo, autorizando y subsidiando la extracción de combustibles fósiles, actividades que producen enormes cantidades de emisiones de CO<sub>2</sub>, que han causado el aumento sustancial de la concentración de CO<sub>2</sub> en la atmósfera<sup>36</sup>.

Aunque esta demanda no prospere a favor de los demandantes, la causa ha generado cierta preocupación a los intereses de la industria de los combustibles fósiles, como la American Fuel and Petrochemical Manufacturers — que representa a ExxonMobil, BP, Shell, Koch Industries y otras empresas —, el American Petroleum Institute y la National Association of Manufacturers, entre otras, que no desean presiones adicionales sobre el gobierno federal para emprender un programa de cambios más estricto. Por este motivo, pidieron unirse al gobierno estadounidense para oponerse a ella y reforzar así su posición.

## **5. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE CUIDADO: LAS OBLIGACIONES CLIMÁTICAS**

Esta determinación del fundamento jurídico de las obligaciones jurídicas en el ámbito del cambio climático se encuentran contenidas en el documento titulado los “Principios de Oslo sobre Obligaciones Globales referente al Cambio Climático” (en adelante, los Principios),<sup>37</sup> adoptado el 30 de

36 Consulta el “Summary of constitutional climate change lawsuit against the United States Government” en: <http://ourchildrenstrust.org/sites/default/files/Summary-ConstitutionalClimateChangeLawsuit.pdf> (consultado el 1 de diciembre 2015).

37 Documento disponible en: <http://www.osloprinciples.org/principles/> (consultado el 15 de junio de 2015). También ver los comentarios del documento en: <http://www.yale.edu/macmillan/globaljustice/Oslo%20Principles%20Commentary.pdf> (consultado el 1 de diciembre 2015).

marzo de 2015, por un grupo de juristas y expertos de reconocido prestigio internacional, procedentes del ámbito universitario, de cortes nacionales e internacionales y de otras organizaciones procedentes de diferentes países como Brasil, China, India, Estados Unidos y Países Bajos,<sup>38</sup> con el fin de reivindicar que independientemente de la existencia o no de acuerdos internacionales, los gobiernos tienen en la actualidad una obligación legal para prevenir los efectos dañinos del cambio climático, con base en las leyes internacionales sobre derechos humanos, protección del ambiente y daños civiles por abuso de poder.

Más allá del régimen jurídico internacional del cambio climático, el objetivo de los principios de Oslo es proporcionar suficientes argumentos jurídicos para fundamentar la obligación jurídica de hacer frente los efectos dañinos de cambio climático, sobre la base de los derechos humanos, el derecho ambiental y el derecho de daños o “*tort law*”.

Así, los Principios de Oslo ofrecen una argumentación muy clara, dejando poco margen para sustentar la inacción, tanto de los países como de las empresas. Así, en este documento se definen las obligaciones específicas, tomando en cuenta el principio básico de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 relativo a “las obligaciones comunes pero diferenciadas”, los autores proponen un cálculo per cápita en base a las emisiones permitidas sin poner en peligro la meta de no pasar un aumento de temperatura de 2°C, el límite políticamente acordado en las negociaciones climáticas de las Naciones Unidas.

Asimismo, los Principios acuñan los mismos argumentos, que se utilizaron en el caso Urgenda y que, sin duda, constituyen un apoyo muy importante a las iniciativas en otros países para involucrar a los tribunales en sus esfuerzos para proteger a las personas, no solo frente a los efectos del cambio climático, sino sobre todo ante la inacción de los representantes gubernamentales.

En realidad, el principio general que guía el documento de Oslo es el principio de precaución, en el sentido, que según este documento: “Existe evidencia clara y contundente que los gases de efecto invernadero (GEI) producidos por la actividad humana están causando cambios significativos al

---

38 Documento disponible en: <http://globaljustice.macmillan.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations> (consultado el 1 de diciembre 2015).

clima y que estos cambios significan un riesgo grave de daños irreversibles a la humanidad, incluyendo actuales y futuras generaciones, al medio ambiente, incluyendo otras especies vivas y el hábitat natural por completo, y a la economía global”<sup>39</sup>. Por lo tanto, se requiere que: 1) se reduzcan las emisiones de GEI en tal dimensión y a un paso necesario para procurar la protección necesaria frente a las amenazas y riesgos del cambio climático; y 2) la reducción de los niveles de GEI requeridos para lograr este objetivo, deberían estar basados en los peores escenarios (*worst-case scenarios*) creíbles y realistas. Evidentemente, la aplicación del principio de precaución en el ámbito del cambio climático requiere la evaluación y evidencia científica y técnica en un nivel aceptado por un número sustancial de expertos en cambio climático. Además todas estas medidas adoptadas en cumplimiento del principio de precaución deberían ser adoptadas sin considerar los costos, excepto cuando estos sean completamente desproporcionados a las reducciones logradas.

La argumentación articulada por los Principios es muy clara y deja poco margen para justificar la inacción observada en los casos analizados, tanto de los países como de las empresas. Con esta fundamentación, los casos judiciales como los analizados anteriormente, puede ser que proliferen en la medida que no se respete el deber de cuidado basado en el principio de precaución y las obligaciones relativas a la protección y respecto de los derechos humanos, en una perspectiva geográfica de prevención de no generar un daño transfronterizo y en una perspectiva temporal de proteger a las generaciones presentes y las venideras. En este sentido, el mismo abogado del caso Urgenda, Roger Cox (2012) publicó el libro “*Revolution Justified*”<sup>40</sup> en el que afirma que el poder judicial puede asumir un rol muy importante en el cumplimiento de las obligaciones climáticas, porque estas a pesar de la inactividad gubernamental existen como garantía del cumplimiento de otros derechos reconocidos por la sociedad internacional. Asimismo, esta argumentación ya fue defendida por el Consejo de Derechos Humanos en 2008, en Ginebra, Suiza, cuando publicó en un informe sobre el cambio climático y los derechos humanos

---

39 *Ibid.*

40 Ver <http://www.revolutionjustified.org/>(consultado el 1 de diciembre 2015).

que “Como una cuestión de derecho, los derechos humanos de los individuos deben ser vistos en términos de obligaciones del Estado”<sup>41</sup>.

## CONCLUSIONES

Los órganos judiciales nacionales, especialmente en los primeros casos presentados en Estados Unidos, rechazan las causas climáticas basándose en que la determinación judicial de que las decisiones sobre los niveles aceptables de emisión de gases de efecto invernadero deberían ser tomadas por las ramas ejecutivas y legislativas, pero no por los tribunales. Estos casos, lejos del resultado de la resolución ponen de manifiesto la necesidad de atribuir una responsabilidad a la falta de acción gubernamental y a la acción lesiva de las grandes industrias contaminantes emisoras de GEI, que con el beneplácito de los Estados y sus gobiernos, generan un riesgo para la salud y el medio ambiente frente a los efectos del cambio climático.

Lo que parece evidente es que la sociedad civil necesita respuestas a la falta de diligencia debida frente a los riesgos globales que plantea el cambio climático. En este sentido, estos casos evidencian que es necesario que los tribunales intervengan a favor del público y de activar la protección debida de las personas y de los bienes públicos y comunes, en aras de proteger efectivamente los derechos más fundamentales a riesgo de ser amenazados por el cambio climático.

Entre la amenaza del cambio climático y entre que los gobiernos evitando la responsabilidad y algunos tribunales prefiriendo no interferir, la comunidad doctrinal y científica recuerda, especialmente a través de los Principios de Oslo, que existen principios de derechos humanos y protección del medio ambiente que exigen la diligencia debida de los Estados.

A la espera de que los Estados tomen en serio sus responsabilidades climáticas, pleitos ciudadanos similares al de Urgenda se han iniciado, actualmente, en Bélgica, y se espera otro pronto en Noruega. Las decisiones de todos estos casos pueden tener éxito o no, pero de todos modos, cada uno de ellos puede contribuir a asumir el vínculo jurídico inextricable entre cambio climático y los derechos humanos.

---

41 *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide*, 2008. International Council on Human Rights Policy. Versoix, Switzerland.

## REFERENCIAS

BLEIWEISS, Shell J. Environmental Regulation and the Federal Common Law of Nuisance: A Proposed Standard of Preemption, 7 **Harvard Environmental Law Review**, 1983.

COX, Roger. **Revolution Justified**. Planet Prosperity Foundation, 2012

DUPUY, Pierre-Marie. La réparation des dommages causés aux nouvelles ressources naturelles. Académie de Droit International, Colloque, Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles, 1982.

ENGEL, Karl Heinz. Harmonizing Regulatory and Litigation Approaches to Climate Change Mitigation: Incorporating Tradable Emission Offsets into Common Law Remedies. 155 **University of Pennsylvania Law Review**, 2006–07.

GOLDIE, Louis Frederick Edward. International Principles of Responsibility for Pollution. **Columbia Journal of Transnational Law**. núm. 9, 1970.

GUPTA, Joyeeta. Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change. **Review of European Community & International Environmental Law**. vol. 16, Issue 1, 2007.

HANSEN, James *et al.* Assessing “Dangerous Climate Change”: Required Reduction of Carbon Emissions to Protect Young People, Future Generations and Nature. **PLOS ONE**, Volume 8, Issue 12, 2013.

HARPER, Benjamin P. Climate Change Litigation: The Federal Common Law of Interstate Nuisance and Federalism Concerns. 40 **Georgia Law Review**, 2005–06.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (IDI), Resolución adoptada el 4 de septiembre de 1997, Sesión de Estrasburgo, **Annuaire de l'Institut de Droit International**, 67–I, 1997.

MCCAFFREY, Stephen C. The Work of the International Law Commission Relating to Transfrontier Environmental Harm. **New York University Journal of International Law and Politics**, vol. 20, 1988.

MEINERS, Roger; YANDLE, Bruce. Common Law and the Conceit of Modern Environmental Policy. 7 **George Mason Law Review**, 1998–99.

NANDA, Ved. The Establishment of International Standards for Transnational Environmental Injury. **Iowa Law Review**, núm. 60, 1975.

PAWA, Matthew F.; KRASS, Benjamin A. Global Warming as a Public Nuisance: Connecticut v. American Electric Power, 16 **Fordham Environmental Law Review**. 407, 2004–05.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. Forms of International Responsibility for Environmental Harm. en Francioni, Francesco; Scovazzi, Tullio. (eds.), **International Responsibility for Environmental Harm**, Londres, 1991.

TORRES UGENA, Nila. Responsabilidad internacional y contaminación del medio ambiente. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**. núm. 68, 1983.

VAN ZEBEN, Josephine. Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?. **Transnational Environmental Law**, n. 4, 2015.



UMA INCURSÃO SOBRE A LITIGÂNCIA  
CLIMÁTICA: ENTRE MUDANÇA CLIMÁTICA  
E RESPONSABILIDADE CIVIL

---

*Délton Winter de Carvalho*



## 1. SENSITIVIDADE CLIMÁTICA E EVENTOS EXTREMOS<sup>1</sup>

Em conformidade com dados do EM–DAT (2007), ocorreram 150 registros de desastres naturais no período 1900–2006 no Brasil. Deste total, 84% (oitenta e quatro por cento) ocorreram após a década de setenta, demonstrando um incremento considerável nos registros de ocorrência destes eventos<sup>2</sup>. Segundo os dados do Atlas Brasileiro de Desastres Naturais, de 1991 a 2010, o Brasil registrou 31.909 (trinta e um mil, novecentos e nove) ocorrências de desastres, sendo na década de 1990 registradas 8.671 (equivalente a 27%) ocorrências e na década de 2000, 23.238 (73%) (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2012, p. 28).

Tais dados comprovam (e demonstram) o frequente discurso de um crescimento significativo destes eventos e seus registros (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2012, p. 28). Esta tendência, existente no contexto nacional, parece acompanhar um movimento global de aumento das ocorrências de desastres de 1900 a 2011<sup>3</sup>.

Chama, neste sentido, atenção o estudo realizado pelo National Research Council of National Academies (NATIONAL RESEARCH COUNCIL (NRC), 2011) dos Estados Unidos, cujo conteúdo provê uma avaliação científica das implicações ocasionadas por várias metas de estabilização do clima. Neste documento, conclui-se que em certos níveis de aquecimento global, associados com emissões de dióxido de carbono, estes poderão atingir a terra bem como as futuras gerações humanas em impactos de grande magnitude. O referido estudo apresenta, diante do progresso científico recente, um aumento de confiança na relação de como o aumento global da temperatura afeta os padrões de precipitação, ondas de calor extremo, ciclo hidrológico, recuo das geleiras no oceano, redução das colheitas, branqueamento dos corais e aumento do nível dos oceanos (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2011, p. 15). O estudo,

---

1 Em linhas gerais, toma-se no presente trabalho o sentido de sensibilidade climática a medida corrente para analisar quão intensamente o sistema climático responde às mudanças nos níveis de gases do efeito estufa (greenhouse gases).

2 Neste sentido, ver: <<http://www.inpe.br/crs/geodesastres/nobrasil.php>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

3 Gráfico acerca das tendências em desastres naturais de acordo com EM–DAT: The OFDA/CRED International Disaster Database – [www.emdat.be](http://www.emdat.be) — Université Catholique de Louvain, Brussels — Belgium. Disponível em: <<http://www.emdat.be/natural-disasters-trends>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

finalmente, apresenta a relação entre a elevação da temperatura (analisando modelos de elevação da temperatura em cada grau centígrado<sup>4</sup>) e a respectiva intensificação dos eventos climáticos tais como furacões, temperaturas extremas, chuvas extremas, derretimento das geleiras e neve, aumento do nível dos oceanos, queda na produtividade agrícola, incêndios, infraestrutura, serviços ecossistêmicos, entre outros (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2011, p. 118–233). Apesar de o referido estudo ter por objeto os impactos regionais dos efeitos das mudanças climáticas, limitando o foco de abrangência do estudo ao território norte americano, este serve de relevante base para a análise do papel das mudanças climáticas, na intensificação da ocorrência de desastres desencadeados ou potencializados por eventos climáticos extremos.

Na verdade, tais estudos acabam por aprofundar e confirmar o relatório do *Intergovernmental Panel on Climate Change 2007*, cujo conteúdo final afirma ser *muito provável* (“very likely”, de 90–100%) o aumento dos impactos decorrentes das mudanças climáticas, em razão do aumento de frequência e da intensidade de alguns eventos climáticos extremos, onde recentes eventos tem demonstrado que a vulnerabilidade de alguns setores e regiões, incluindo países desenvolvidos, em relação a ondas de calor, ciclones tropicais, enchentes e secas, fornecendo razões mais contundentes para preocupação (ON CLIMATE CHANGE – IPCC) 2007, p. 72).

As perdas econômicas e de valores segurados decorrentes de grandes catástrofes naturais — tais como furacões, terremotos e inundações — também têm sofrido significativo incremento em escala mundial nos anos recentes. Uma comparação destas perdas econômicas revela um enorme crescimento: \$53.6 bilhões de dólares (1950–1959), \$93.3 bilhões (1960–1969), \$161.7 bilhões (1970–1979), \$ 262.9 bilhões (1980–1989) e \$778.3 bilhões (1990–1999). Entre 2000 e 2008, as perdas totalizaram \$620.6 bilhões, principalmente como um resultado das temporadas de furacões, em 2004, 2005 e 2008, que repercutiram em níveis históricos de destruição (MUNICH RE, 2008)<sup>5</sup>.

4 O referido apresenta modelos e análises acerca das prováveis consequências em curto, médio e longo prazo em decorrência de aumento da temperatura do planeta, em cenários diversos que abarcam um acréscimo de 1 a 5 graus Celsius. Cabe observar, neste sentido, que, apesar de 5 centígrados não parecer muito, esta equivaleria “a uma mudança das temperaturas médias da última era do gelo aos tempos atuais”, sendo, esta elevação, um evento “realmente muito perigoso.” (STERN, 2008, p. xvi).

5 Reflexões acerca destes dados ver: KRUNREUTHER; MICHEL-KERJAN, 2010. p. 12–20.

Tais cenários acompanham previsão realizada pelo Intergovernmental Panel on Climate Change — IPCC, ao confirmar ser muito provável (“*very likely*”, o que, em outras tintas, consiste em uma probabilidade de 90–100%) que calores extremos, ondas de calor e precipitações intensas tornar-se-ão mais frequentes (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2007, p. 46).

Deve-se fazer a advertência acerca da atual impossibilidade de descrições causais, lineares e conclusivas — acerca dos fatores de contribuição para as recentes intensificações dos desastre — contudo, alguns elementos parecem dignos de destaque e de confiabilidade científica. Neste sentido, muito deste incremento dos registros de ocorrência de desastres tem relação (sinérgica e cumulativa) com o aumento do acesso à informação (registro e disseminação) bem como crescimento populacional (particularmente relevante uma vez que o crescimento mais significativo se dá em zonas costeiras e acréscimo de capital em áreas de risco). Não obstante as persistentes incertezas científicas<sup>6</sup>, as mudanças climáticas (i) parecem exercer um destacado papel neste cenário, juntamente com outros fatores de amplificação dos riscos e custos de desastres, tais como (ii) as condições econômicas modernas; (iii) o crescimento populacional e a tendência demográfica; (iv) as decisões acerca da ocupação do solo; (v) a infraestrutura verde e construída<sup>7</sup>.

Apesar da existência de significativas dúvidas científicas, parece cada vez mais claro que as mudanças climáticas apresentam um grau considerável na intensificação destes eventos (climáticos extremos) e suas consequências nas últimas décadas. Atualmente tem-se por inequívoco (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2007, p. 30) o aquecimento do sistema climático, sendo este evidenciado, a partir do aumento da média global das temperaturas do ar e do oceano, derretimento de neve generalizado e aumento do nível do mar.

Em conformidade com *Relatório Especial do Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas de 2012*, há evidência que alguns eventos extremos têm apresentado alterações, em decorrência de influência antropogênica, incluindo o aumento das concentrações atmosféricas de gases do efeito estufa

6 Disponível em: <[http://www.grida.no/graphicslib/detail/trends-in-natural-disasters\\_a899](http://www.grida.no/graphicslib/detail/trends-in-natural-disasters_a899)>. Acesso em: 21 mar. 2013.

7 Acerca dos fatores de amplificação dos riscos e custos de desastres, ver: FARBER, 2010. p. 09–73; CARVALHO; DAMACENA, 2013.

(*greenhouse gases*), sendo provável (*likely*, isto é, uma probabilidade 66–100%) que influências antropogênicas têm levado ao aquecimento da temperatura extrema diária mínima e máxima, em escala global. Ainda, há confiança média (*medium confidence*) que tais influências têm contribuído para a intensificação de precipitação extrema em escala global (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC) 2012, p. 07–09).

As mudanças climáticas exacerbam as vulnerabilidades existentes nos países em desenvolvimento, sendo que ambos os custos econômicos dos desastres naturais e sua frequência têm crescido de forma dramática. Apesar das perdas econômicas serem maiores nos países desenvolvidos, é nos países em desenvolvimento que se encontra maior mortandade em decorrência de desastres recentes (96% de todas as mortes relacionadas a desastres) e estes atingem um maior percentual do produto interno bruto (STERN, 2008, p. 114). Diante desta circunstância, os desastres exacerbam ainda mais a vulnerabilidade e comprometem ainda mais as sensíveis condições econômicas e potenciais de desenvolvimento destes países e comunidades. As experiências atuais acerca de eventos climáticos extremos são capazes de demonstrar quão devastador podem ser as secas e inundações, aumentando a pobreza em comunidades e países já vulneráveis (STERN, 2008, p. 115–118).

Ciente desta relação em que as mudanças climáticas exacerbam a ocorrência de desastres, muitas vezes denominados naturais, a Lei n. 12.608/12 estabelece que a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil — PNPDEC deve integrar-se às Políticas Nacionais de Mudanças Climáticas<sup>8</sup>.

Num processo circular de retroalimentação, há, ainda, *alta confiança* de que as mudanças climáticas irão impor maiores desafios para a gestão dos riscos catastróficos, dificultando a avaliação, comunicação e gerenciamento destes riscos (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2012, p. 27).

As mudanças climáticas, como um multiplicador de riscos (muitas vezes já existentes, porém potencializados pelas consequências de um planeta mais

<sup>8</sup> Art. 3, da Lei n. 12.608/12. “Art. 3. A PNPDEC abrange as ações de prevenção, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil.

Parágrafo único: A PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável.”

quente), tendem a desestabilizar, não apenas o meio ambiente, mas as próprias estruturas sociais, com maior pressão sobre os recursos naturais (tais como água, energia, solo, etc.) e entre grupos (comunidades, países, regiões, etc.) em disputa por estes. Portanto, a sensibilidade climática tende a exercer uma maior pressão no que diz respeito aos chamados desastres “naturais”, contudo, estes também podem exercer maior desestabilidade nas relações sociais, também intensificando as possibilidades de incremento de desastres antropogênicos. Assim, a ocorrência dos desastres e seu recente incremento tem relação com um padrão cumulativo de exposição<sup>9</sup>, vulnerabilidade<sup>10</sup> e eventos climáticos (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2012). Ou seja, os desastres decorrem da combinação de *fatores físicos e sociais*, repercutindo em eventos de dimensão suficientemente graves, atingindo vidas humanas, propriedades, serviços e recursos ambientais.

## **2. UMA ANÁLISE DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA: LIMITES E POTENCIALIDADES**

Em nível de tendências contemporâneas, a litigância climática (climate change litigation) consiste num ramo em plena efervescência, sobretudo nos Estados Unidos, também tendo casos na Austrália. No contexto norte americano, destaca-se uma crescente litigância nos tribunais, no que concernem aos conflitos decorrentes dos efeitos adversos das mudanças climáticas. Em contraste, a litigância climática fora dos cenários judiciais americanos e australiano tem sido pouco conhecida, ganhando bem menos atenção da pesquisa jurídica e prática judiciária.

---

9 *Exposição* consiste na presença (localização) de pessoas, meios de subsistência, serviços e recursos ambientais, infraestrutura, ou ativos econômicos, sociais ou culturais, em locais que possam ser afetados de maneira adversa por eventos físicos, sendo, portanto, sujeitos a danos futuros potenciais, perdas ou danos.” Esta definição, utilizada pelo IPCC (2012. p. 32), abrange sistemas físicos e biológicos, sob o conceito de serviços e recursos ambientais.

10 Já a vulnerabilidade consiste, genericamente, na propensão e predisposição de ser afetado de forma adversa. Esta predisposição constitui numa característica interna do elemento atingido, afetando a sua capacidade de antecipação, em lidar com, em resistir e se recuperar dos efeitos adversos de um evento físico. A vulnerabilidade é o resultado de diversas condições e processos históricos, sociais, econômicos, políticos, culturais, institucionais, e ambientais (IPCC, 2012. p. 32) Acerca do tema ver ainda: CUTTER, 2006.

Neste sentido, há um número muito maior de demandas judiciais, em matéria climática nos Estados Unidos, do que em todos os demais países do planeta juntos. Ao final de 2013, mais de 420 casos judiciais climáticos foram julgados, apenas naquele país, enquanto que o total de casos no resto do mundo foi de 173 (GERRARD, 2015). O segundo país com maior número de casos é a Austrália, sendo que neste cenário as disputas são dominadas por casos que versam sobre a necessidade de imposição de avaliações de impactos de projetos, no que diz respeito às emissões de gases do efeito estufa de suas atividades; impactos que o aumento do nível do mar e as consequências que outros eventos climáticos correlatos podem ter sobre projetos propostos aos órgãos ambientais<sup>11</sup>. No cenário Australiano, os tribunais tem concordado que *emissões diretas* dos gases de efeito estufa devem ser levadas em consideração nos estudos de impacto ambiental — havendo divergência apenas no que respeita como as *emissões indiretas* devem estar condicionadas nas licenças ambientais. Já no contexto norte americano, a litigância climática tem desenvolvido um papel chave no desenvolvimento de um Direito das Mudanças Climáticas e uma Política Climática (GERRARD, 2015).

Um dos casos mais emblemáticos tidos recentemente na Suprema Corte dos Estados Unidos foi o caso *Massachusetts v. E.P.A.*<sup>12</sup>. Neste caso, a Suprema Corte entendeu pela legitimidade (*standing*) e procedência da alegação do Estado do Massachusetts contra a EPA — Environmental Protection Agency — no sentido desta estar falhando em responder às mudanças climáticas. Após uma demonstração científica dos prováveis prejuízos a serem sofridos pela zona costeira daquele Estado, com a intensificação das mudanças climáticas, foi decidido que a Agência Federal incluísse a listagem dos gases do efeito estufa na regulação federal, sob a égide do *Clean Air Act* (“Lei do Ar Limpo”, legislação de controle das emissões atmosféricas dos Estados Unidos), exigindo uma ação regulatória. Este precedente tem sido visto como uma possível mudança na percepção judicial da legitimidade, dos riscos de danos catastróficos e da causalidade, fazendo menção expressa a um padrão de probabilidade.

---

11 Para acesso a um banco de dados atualizado sobre este tema, ver o Sabin Center for Climate Change Law da Universidade de Columbia, NY, EUA. Disponível em: <<http://web.law.columbia.edu/climate-change/non-us-climate-change-litigation-chart>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

12 127 S.Ct. 1438 (2007).



Na falta de previsões cogentes no sentido de obrigar governos e corporações a reduzir emissões de gases do efeito estufa, as atenções de grupos de interesse, autoridades e indivíduos se voltam ao Judiciário e seus tribunais, a fim de obter compensações e penalizar governos e organizações, aos quais se credita terem contribuído para as mudanças climáticas (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 3). O aquecimento global irá impactar negativamente diversos aspectos das necessidades humanas, tais como *i*) fornecimento de alimentos e água potável, *ii*) a fertilidade dos solos, *iii*) a sustentabilidade dos ecossistemas, isto sem falar na elevação do nível dos oceanos, que terá o efeito de inundar as planícies e cidades ao passo que o aumento das tempestades e ondas de calor facilitarão a propagação de doenças e prejuízos. Ainda segundo o IPCC — Intergovernmental Panel on Climate Change — *é provável o aumento da ocorrência de eventos climáticos extremos*, com a incidência de precipitações abruptas com maior frequência, aumento do nível do mar e diminuição da terra produtiva (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 2007, p. 30).

Assim, a litigância, e em especial a climática, consiste em uma forma de governança, servindo de estímulos para alterar comportamentos das instituições públicas ou privadas, bem como a forma de como as decisões são tomadas. Há, assim, uma orientação e estímulo comportamental a partir das ações judiciais, sendo elas bem-sucedidas ou não. A simples ocorrência de um fenômeno de litigância, muitas vezes, já é suficiente para provocar alterações nos comportamentos das instituições. Um bom exemplo consiste no encolhimento da indústria tabagista a partir do surgimento de um movimento de litigância para reparação de danos causados pelo fumo. Mesmo sem êxitos significativos, a plausibilidade de êxito em demandas futuras, fez este segmento produzir uma série de mudanças estruturais, como, por exemplo, a diminuição de apelo e estímulo ao consumo.

A litigância climática promete desenvolver um importante papel em uma futura reforma ambiental. Primeiramente, as demandas jurisdicionais, bem-sucedidas ou não, tendem a focar a atenção pública em questões basilares, pela exposição midiática, podendo exercer eficaz influência nas políticas governamentais e corporativas. Ainda, tanto a litigância quanto a expectativa por futuras demandas podem gerar a necessidade de adoção de medidas para redução dos impactos destas atividades sobre as mudanças climáticas.

Um alto grau de incerteza quanto às medidas necessárias a serem adotadas pelo mercado, para evitar possíveis responsabilizações futuras, pode gerar um regime complexo e oneroso de “compliance.” Tal cenário tende a forçar os governos nacionais, estimulados pelo lobby da própria indústria, a lidar com os riscos das mudanças climáticas por meio de legislação e outras formas de regulação. Face às incertezas da litigância climática e suas condenações, as próprias corporações podem exercer uma pressão para que os governos realizem uma normatização clara acerca do tema e dos níveis toleráveis de emissão com a finalidade de prover segurança jurídica para os negócios que tenham relação com as mudanças climáticas. Nota-se, assim, um efeito pedagógico da litigância, como elemento de governança ambiental em face das mudanças climáticas.

Essas ações emergentes, conhecidas como litigância climática (*climate change litigation*), vêm levantando uma série de questões jurídicas e científicas altamente complexas, tendo como objetivos a busca de compensação por danos causados pelo aquecimento global e/ou o uso da litigância para prevenir ou reduzir tal fenômeno (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 12). Essas demandas detêm duas características principais que as diferenciam das demandas tradicionais envolvendo danos e perdas (tais como aqueles decorrentes de danos ambientais e aqueles provocados por tabaco).

Em primeiro lugar, os fenômenos climáticos dizem respeito a cadeias causais significativamente mais longínquas e complexas, bem como os tipos de danos causados que são consideravelmente mais espalhados e difusos (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 11). As reflexões existentes, no direito comparado, já demonstram que as *demandas climáticas futuras terão por base a estrutura da responsabilidade civil extracontratual*, por violação a um dever de cuidado, por vício do produto, ou turbação à propriedade pública ou privada (SALZMAN; HUNTER, 2007, p. 101–154).

Os *potenciais autores em demandas climáticas* tendem a se enquadrar em duas categorias de pretensões, aqueles que buscam compensação por danos decorrentes dos efeitos negativos do aquecimento global<sup>13</sup> ou aqueles

---

13 Conforme Salzman e Hunter, os litigantes potenciais consistem naqueles que são vítimas dos efeitos das mudanças climáticas, tais como proprietários de áreas atingidas pela elevação do oceano, pessoas afetadas por doenças relacionadas ao fenômeno, áreas da economia mais atingidas pelas mudanças no clima com perdas econômicas substanciais e o próprio poder público em representação a interesses

que, por meio do litígio, visam prevenir ou reduzir o aquecimento global posterior (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 14). Apesar das dificuldades de delimitar os potenciais autores na litigância climática, em razão da variedade de tipos de danos provavelmente ocasionados pelas mudanças climáticas, três perfis ganham especial destaque na condição de autores potenciais: i) os indivíduos, ii) os grupos de interesse e iii) os governos (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 14).

No que diz respeito aos *indivíduos ou grupo de indivíduos*, a litigância climática terá relação com aqueles que tenham, pessoal e diretamente, sofrido danos decorrentes das mudanças climáticas, tais como problemas de saúde, perdas financeiras que afetem associações da indústria ou negócios atingidos e proprietários em região costeira que tenham sido afetados pela elevação do nível do mar.

Os grupos ambientalistas e mesmo outros grupos de interesse, já ajuizaram demandas climáticas bem-sucedidas, exercendo uma função de governança a partir da litigância. Neste sentido, mesmo que a demanda não seja diretamente exitosa, esta exerce uma pressão para adequação de setores da economia a padrões de legalidade, de sustentabilidade, de eficiência energética, entre outros. Há, assim, uma sensibilidade da indústria ao “risco da litigância”, que tem o possível efeito de alterar comportamentos e padrões de decisão, com o escopo de evitar condenações e o incremento dos custos com litigiosidade (SALZMAN; HUNTER, 2007, p. 135). A fim de evitar os riscos de aumento da litigância climática, cada vez mais iminente, face ao incremento recente das informações referentes às mudanças climáticas, suas causas e efeitos, pode haver tanto uma pressão de regulamentação da matéria (dando maior segurança e previsibilidade ao setor produtivo) como uma tendência de adequação da indústria aos padrões de menor emissão de gases responsáveis pelo efeito estufa (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 12).

Os governos devem ser proativos em trazer ações judiciais climáticas a fim de proteger a economia, saúde e outros interesses de seus cidadãos e residentes. Governos estaduais em nações federativas apresentam legitimidade para o ajuizamento de demandas contra o governo federal. Da mesma forma, governos nacionais de nações seriamente atingidas pelo aquecimento global, tais como

---

transindividuais afetados, tais como a saúde pública, por exemplo. Neste sentido, ver: SALZMAN; HUNTER, 2007, p. 111–112.

ilhas ameaçadas pela elevação do nível dos oceanos, também são prováveis candidatos a entrarem na litigância climática, na condição de autores destas (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 14–15).

### 3. ALGUNS PRECEDENTES IMPORTANTES DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NAS CORTES NORTE-AMERICANAS

Estas questões emergentes já estão desencadeando uma série de litígios e decisões judiciais, com diversos casos dentre os quais merecem destaque i) *Connecticut v. American Electric Power*, ii) *Comer v. Murphy Oil* e iii) *California v. General Motors Corp.*

Em *Connecticut v. American Electric Power*<sup>14</sup>, de 2004, oito estados e a cidade de Nova Iorque ajuizaram uma ação contra cinco grandes instalações de queima de combustíveis fósseis, sendo também as cinco maiores empresas emissoras de gases do efeito estufa nos Estados Unidos. Em síntese, a demanda apresenta seu foco nas mudanças climáticas e nos danos decorrentes das emissões dos réus (tidas em 650 milhões de toneladas de dióxido de carbono, aproximadamente 10% das emissões americanas de dióxido de carbono), tanto no presente quanto no futuro, decorrentes das mudanças climáticas. A Corte Distrital (*District Court*) extinguiu o processo entendendo se tratar de matéria não sujeita a análise pelo Judiciário (*nonjusticiable political question*). Em sede recursal, o Segundo Circuito do Tribunal de Apelações (*Secound Circuit Court of Appeals*) decidiu pela legitimidade dos autores e da demanda, sendo o recurso dos réus contra a decisão do *Secound Circuit Court of Appeals* aceito pela Suprema Corte Norte Americana (*US Supreme Court*) para julgamento, estando pendente ainda de decisão.

*Comer v. Murphy Oil*<sup>15</sup> foi ajuizada em Abril de 2006, por Ned Comer e outros treze indivíduos. Esta ação tem por objeto os danos sofridos pelos autores, em razão do Furacão Katrina. Os réus consistem em 09 companhias petrolíferas, 31 empresas carvoeiras e 4 indústrias químicas, acusadas de,

14 406 F. Supp. 2d at 267.

15 585 F.3d 855, 879-80 (5th Cir. 2009). 607 F.3d 1049, 1053-55 (5th Cir. 2010), 43 ELR 20109, No. 12-60291, (5th Cir., 05/14/2013), In re Comer, 131 S. Ct. 902 (2011).

por meio de suas atividades, contribuir para as mudanças climáticas e, desta forma, para a intensidade do Furacão Katrina. Para os autores, a atividade dos réus colocou em risco o meio ambiente, a saúde pública e os interesses de propriedades públicas e privadas. Em primeira instância (*District Court*), a ação foi extinta por falta de legitimidade, em razão desta corte ter considerado a matéria *nonjudicial* (não judicializável), adotando a *teoria da matéria política* (*political question*). Em segunda instância (*Fifth Circuit Court of Appeals*) a matéria foi parcialmente revista, com posterior extinção da causa, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos (*US Supreme Court*) negado Mandado de Segurança. Os autores ajuizaram nova demanda (conhecida como Comer II), que foi novamente extinta.

Também é o caso de *California v. General Motors Corp*<sup>16</sup>. Esta ação foi ajuizada em Setembro de 2006, julgada improcedente (*nonjusticiable political question*) e aguarda julgamento de recurso de apelação pelo Ninth Circuit Court of Appeals. A ação foi movida contra a General Motors (GM) e outras 05 montadoras, sob a alegação de que as emissões provenientes dos veículos, fabricados pelos réus, contribuem em aproximadamente 9% das emissões mundiais de dióxido de carbono, 20% das emissões nos EUA e 30% das emissões da Califórnia. Assim, o estado americano da Califórnia alega que, em produzindo tais bens, os réus tinham ciência de sua contribuição para as mudanças climáticas, violando o dever de não interferir desarrazadamente no bem estar público. Interessante neste caso, é que a demanda, ajuizada pelo Estado da Califórnia, tem seu cerne argumentativo em uma série de exemplos de danos a serem sofridos pelo ente público e sua população, em razão do aquecimento do clima. Estes, baseados em estudos científicos. Primeiro, o Estado Federado alega que terá que gastar grandes somas em estudos e mudanças infraestruturais no seu sistema de abastecimento de água, uma vez que a cobertura de neve da Sierra Nevada (uma das principais fontes de abastecimento da água na Califórnia) tem encolhido de forma preocupante. Esta redução desencadeia probabilidades de aumento de inundações e interfere no sistema de abastecimento público de água. Portanto, prevenção a inundações e assegurar fornecimento de água exigirão investimentos substanciais do Ente Estatal. Ainda, com o aumento do nível do mar, esperam-se processos erosivos costeiros e aumento da salinização da baía do delta de Sacramento, exigindo grandes investimentos para proteção dos ecossistemas afetados e para

---

16 2006 WL 2726547, C06-05755 (N.D. Cal.).

o fornecimento de água. A presente ação alega, também, que as mudanças climáticas impactam no aumento de ondas de calor extremo, aumentando o risco de lesões e mortes. Finalmente, a demanda alega que dezenas de outros impactos irão ou já estão ocorrendo, com alto grau de segurança, incluindo-se, entre estes, o aumento do risco e intensificação de incêndios, prolongamento de ondas de calor, perda de umidade em razão do derretimento precoce de geleiras e impactos conexos em florestas e outros ecossistemas, e mudança na ecologia dos oceanos diante do aquecimento da água.

Estes casos consistem em demandas jurisdicionais que tem por objetivo pedido de responsabilização civil extracontratual — por quebra de deveres de cuidado contra empresas cujas atividades teriam contribuído para as mudanças climáticas com prejuízos e danos conexos a estas. Destas ações, apenas a *Comer v. Murphy Oil* está encerrada, pendendo as demais de decisão final. Contudo, nota-se que a estas demandas climáticas tem sido constantemente aplicada a extinção por falta de legitimidade dos autores, por considerar a questão posta em juízo como matéria que não afeta à competência do Judiciário, fazendo uso da teoria da questão política (*Theory of Political Question*). Para esta teoria, a matéria dependeria de maior orientação dos poderes Executivo e Legislativo, para que o Judiciário pudesse criar um padrão decisional de culpabilidade para responsabilização. Não estando concluído o presente debate, as demandas, por si só, já demonstram uma nova esfera de complexidade nos debates judiciais impostos pelas mudanças climáticas, com relação aos desastres decorrentes destas e a possibilidade de responsabilização civil das atividades contributivas para sua ocorrência e intensificação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As primeiras demandas jurisdicionais, situadas desde o final da década de 90, adquirem um relevo destacado. Mesmo que estas não apresentem resultados exitosos, sob o ponto de vista de condenações, num primeiro momento, um objetivo chave tem sido conquistado no sentido de “obter as fundações para uma litigância futura” acerca de tais questões, “com os casos subsequentes sendo construídos a partir dos argumentos jurídicos e provas científicas apresentadas nestes casos seminais” (SMITH; SHEARMAN, 2006, p. 12).

Assim, eventos e atividades em conexão com as mudanças climáticas passam a ter nas investigações e nas informações científicas, já existentes, a base para o devido conhecimento dos entes públicos e privados acerca tanto da contribuição de sua atividade, bem como acerca dos riscos das mudanças climáticas. A omissão em tomar medidas para evitar catástrofes decorrentes destes prognósticos e destas informações, já comprovadas ou apresentadas pela ciência, com algum grau de convicção, serve de fundamento para a responsabilização por omissão. Isto é especialmente relevante na relação entre desastres e mudanças climáticas e o papel do Estado em exercer seus deveres de proteção ambiental (o que, no caso brasileiro, é assegurado no §1º, do art. 225, da CF). Em síntese, *o aumento do conhecimento e das informações acerca dos fatores contribuintes e dos riscos conexos às mudanças climáticas* (fornecidos por estudos tais como o IPCC<sup>17</sup> e Stern Review, por exemplo) *fornece dados dotados de credibilidade científica plenamente compatíveis com o padrão probatório judicial, sobretudo, no que concernem nexos causais, riscos e deveres de proteção* (FARBER, 2009; HUNTER; SALZMAN, 2007).

Apesar da litigância climática não se limitar à responsabilidade civil, este parece trazer intensas inovações ao instituto, tais como o *tratamento de danos massivos* (FARBER, 2009; HUNTER; SALZMAN, 2007; THIBIERGE, 1999), *teoria das probabilidades em termos de nexo de causalidade* (SMITH; SHEARMAN, 2006; CARVALHO, 2015. p. 157–163), *utilização de estudos científicos como prova indiciária* (BRADFORD, 2009), entre outros. Estas demandas apresentam a questão de quem deve ser onerado e custear os danos, a mitigação e a necessária adaptação às mudanças climáticas (GROSSMAN, 2003, p. 03).

Quanto ao nexo causal, a litigância climática atribui profunda importância às informações científicas existentes (hipóteses cientificamente ponderáveis, convicções científicas, etc.). Neste sentido, ganha destaque a Teoria das Probabilidades, como teoria sensível às necessidades jurídico-probatórias, bem como à complexidade científico-ambiental. Há, assim, a atribuição de profunda relevância jurídica para as prováveis consequências decorrentes de determinadas atividades, atenuando a carga probatória necessária para caracterização da causalidade jurídica.

---

17 Como afirmam David Hunter e James Salzman “A prática do IPCC de delimitar seus relatórios com probabilidades é também útil aos litigantes em casos envolvendo mudanças climáticas.” (“The IPCC’s practice of bounding its statements with probabilities is also helpful to litigants in climate change cases.”) HUNTER; SALZMAN, 2007, p. 122.

O *distanciamento geográfico* entre atividades e os resultados lesivos, cada vez mais intensos na atual geração de problemas ambientais, também parece ser uma característica exacerbada pela litigância climática, vez que em muitos casos as consequências se apresentam em um raio de abrangência maior. As dimensões difusas das mudanças climáticas e dos diversos tipos de desastres ambientais impõem a reconfiguração das tradicionais noções de tempo e espaço, sendo passível a demonstração do nexo causal sempre que houver a condição de demonstrar a *previsibilidade* e *causa determinante* (VERCHICK, 2010, p. 92).

Não obstante o evidente potencial da litigância climática e seus possíveis aspectos positivos, esta encontra verdadeiros desafios, uma vez que as estruturas normativas, sobretudo em relação à responsabilidade civil e à imposição de adoção de políticas para o assunto pela via judiciária, não foram concebidas para o tratamento de uma questão tão complexa e multifacetada quanto é a mudança climática. Da mesma forma, o sistema de responsabilização civil atribui a autoridade das decisões ao Judiciário, exigindo um aglutinamento das decisões para formar uma “política” climática num sistema descentralizado. Ainda, neste sentido, a falta de capacidade técnica e científica a serviço dos julgadores (motivo pelo qual o primeiro filtro para gestão dos riscos e decisões ambientais é atribuída aos órgãos administrativos ambientais) dificulta o cumprimento de tais atribuições pelas cortes judiciais (POSNER; WEISBACH, 2010, p. 70).

No cenário brasileiro, mostra-se um surgimento de litigância climática que, ainda bastante acanhado e limitado em suas ambições e objetos, parece desencadear uma intensificação das demandas de responsabilização civil do Estado por desastres naturais. Portanto, a reflexão sobre esta matéria, em seus novos rumos e potencialidades, promete expandir a litigância climática no país para rumos mais ambiciosos, na busca por uma Boa Governança Climática e a adequada gestão dos desastres ambientais.

## REFERÊNCIAS

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Atlas brasileiro de desastres naturais**: 1991 a 2010. Volume Brasil. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012.



MANK, Bradford. **Standing and Statistical Persons: a Risk-Based Approach to Standing.** Faculty Articles and Other Publications. Paper 127. University of Cincinnati College of Law Scholarship and Publications. University of Cincinnati College of Law, 2009. Disponível em: <[http://scholarship.law.uc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1125&context=fac\\_pubs](http://scholarship.law.uc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1125&context=fac_pubs)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2016.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CUTTER, Susan L. **Hazards, Vulnerability and Environmental Justice.** London: Earthscan, 2006.

FARBER, Daniel. **Disaster Law and Policy.** Aspen Publishers, 2010.

FARBER, Daniel. Tort Law in the Era of Climate Change, Katrina, and 9/11: Exploring Liability for Extraordinary Risks. **Valparaíso University Law Review**, v. 43, n. 03, spring, p. 1075–1130, 2009.

GERRARD, Michael B. Scale and Focus of Climate Change Litigation Outside of United States. **New York Law Journal**, v. 253, n. 47, March 12, 2015.

GROSSMAN, David A. Warming Up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Base Climate Change Litigation. **Columbia Journal of Environmental Law**, v. 28, p. 01–62, 2003.

HUNTER, David; SALZMAN, James. Negligence in the Air: the Duty of Care in Climate Change Litigation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 155, issue 6, p. 1741–1794, June 2007.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Climate change 2007: synthesis report. Geneva, 2007. Disponível em: <[https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2013.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation**: special report of the intergovernmental panel on climate change. Nairobi: UNEP; Geneva: WMO, 2012.

KRUNREUTHER, Howard C.; MICHEL-KERJAN, Erwann O. Market and Government Failure in Insuring and Mitigating Natural Catastrophes: How Long-Term Contracts Can Help. In: William Kern (Ed.). **The Economics of Natural and Unnatural Disasters**. Michigan: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2010. p. 09–38.

MUNICH RE. Topics Geo: Catastrophes 2008. Munich: Munich Re. Disponível em: <[http://www.munichre.com/publications/302-06022\\_en.pdf](http://www.munichre.com/publications/302-06022_en.pdf)>. Acesso em: 14 dez. 2009.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. **Climate Stabilization Targets: Emissions, Concentrations, and Impacts over Decade to Millennia**. Washington, DC: National Academies Press, 2011.

POSNER, Eric A.; WEISBACH, David. **Climate Change Justice**. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. **Climate Change Litigation: Analysing the law, scientific evidence & impacts on the environment, health & property**. Adelaide: Presidian, 2006.

STERN, Nicholas. **The Economics of Climate Change: The Stern Review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de La responsabilité civile?), **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 3, p. 561–584, juil./sept. 1999.

VERCHICK, Robert R. M. **Facing Catastrophe: Environmental Action for a Post-Katrina World**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

MINERAÇÃO, DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE  
AMBIENTAL: A TRAGÉDIA DE MARIANA  
COMO PARÂMETRO DA INCERTEZA<sup>1</sup>

---

*Bleine Queiroz Caúla*

*Dayse Braga Martins*

*Lorena Grangeiro de Lucena Tôrres*

---

1 A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O presente artigo é uma adaptação da monografia de conclusão do curso de Direito de Lorena Grangeiro de Lucena Tôrres, no ano de 2014, e fora apresentado no VII Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, realizado na Faculdade de Direito da UL em outubro de 2015. Todas as alterações foram pactuadas pelas autoras subscritas, notadamente a inserção da tragédia ambiental ocorrida no município de Mariana – MG.



## INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e o crescimento populacional acarretaram no meio ambiente várias mutações e, por sua vez, motivaram o diálogo entre ambientalista, políticos e juristas para a garantia da sustentabilidade nas variadas matizes.

Entretantes, o direito ambiental possui princípios próprios que orientam as normas de proteção com vistas a amenizar os impactos ambientais inerentes às atividades degradadoras. Todavia, tais atividades são de suma importância no âmbito do desenvolvimento econômico do país, como é o caso da mineração — o que gera uma antinomia na questão proteção ao meio ambiente *versus* crescimento econômico — como observado no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, referente à ordem econômica e o no artigo 225, §2º, que se refere à ordem social e ao meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988 assume papel importante na regulação da atividade minerária, na medida em que norteia agentes econômicos submetidos às regras específicas de quais entes terão acesso à pesquisa, além da lavra de recursos minerais, a necessária autorização ou concessão da União, cuja competência legislativa é privativa em matéria ambiental, pois os referidos bens já estão em sua posse.

Cabe, portanto, à União, por ser titular de tais recursos, a tutela de legislar sobre questões de obrigações e deveres do minerador, para que haja eficiência na extração e na utilização de seu empreendimento, fiscalizando e preservando a diminuição dos impactos ambientais gerados. Não obstante, essa atividade exerce forte influência na economia, mormente a geração de emprego e renda, a produção de matéria-prima necessária à infraestrutura urbana, e ao desenvolvimento das cidades.

Mesmo diante da tutela constitucional e infraconstitucional que estabelecem ações por parte dos mineradores e do Estado, no sentido de desenvolver gestão sustentável da atividade de mineração, em 05 de novembro de 2015, houve no Brasil a maior catástrofe ambiental da atualidade, conhecida como “o desastre de Mariana”. Nesse dia, uma barragem de rejeitos de mineração se rompeu, causando uma enxurrada de lama que desceu em direção ao distrito de Bento Rodrigues, Mariana – MG.

As hipóteses do estudo foram investigadas, através de pesquisa bibliográfica, recorrendo a um caso prático que colima na abordagem teórico-empírica.

Utilizamos uma abordagem quantitativa e qualitativa voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

Neste sentido, a presente pesquisa está dividida em cinco fases: notas introdutórias, seguida de um capítulo sobre a mineração na Constituição de 1988. O segundo aborda a mineração e a tutela administrativa, e por fim, analisa-se o caso do desastre ambiental de Mariana – MG e seus impactos, diante dos princípios da sustentabilidade e do desenvolvimento econômico. Encerra com uma conclusão em que pese o melhor entendimento das autoras subscritas.

## **1. A MINERAÇÃO SOB A “MURALHA” DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS INSERTOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL**

O alcance mundial do movimento ambientalista teve seu marco em meados da década de 70. A Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente em Estocolmo, na Suécia, é considerada o marco histórico-normativo inicial na luta da proteção ambiental que emancipou o Direito Internacional ao Ambiente e os princípios por ela inspirados. Na sequência, já em 1983, com o agravamento da atividade exploratória econômica dos recursos naturais, a Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece a chamada Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida por Comissão de Brundtland, e a partir de sua criação, surgiu o relatório Nosso Futuro Comum, o qual foi pioneiro na formalização do conceito de desenvolvimento sustentável.

Um dos avanços mais expressivos na tutela e proteção de defesa ao meio ambiente aconteceu por meio da promulgação da Constituição Federal da República de 1988, a qual representa uma ascensão nos processos de controle das atividades lesivas e devastadoras do homem. Dando continuidade ao processo de consolidação do debate ambientalista, no sentido de concretizar a sustentabilidade ambiental, em 1992, a comunidade internacional se viu pressionada a rediscutir o tema dos impactos ambientais e fazer uma retrospectiva dos vinte anos da primeira grande conferência. O Brasil foi o palco da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento — RIO 92. Os tímidos avanços registram a retificação da Declaração da

Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano; a criação da Agenda 21 Global<sup>2</sup>; a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (CQMC) e a alavancada do designado Protocolo de Quioto.

Anualmente, a comunidade internacional dialoga sobre os problemas ambientais na designada Conferência das Partes (COP), signatária da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, e colima encontrar soluções jurídico-políticas-econômicas concernentes às questões climáticas, catástrofes ambientais, migrantes (deslocados) ambientais<sup>3</sup>. Nesta feita, a COP-3, realizada em Quioto, Japão, no ano de 1997, estabeleceu a criação do desenvolvimento sustentável em países subdesenvolvidos. Daí originou-se o Protocolo de Quioto.

No ano de 2002, aconteceu em Johannesburgo, na África do Sul, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, mais conhecida como Rio+10. Seu surgimento se deu em meio à constatação de que os documentos, que foram solenizados no Rio de Janeiro em 1992, não conseguiram atingir o êxito esperado na ocasião. Não se olvida que uma das frustrações está correlacionada à resistência política dos países desenvolvidos em assumir seus compromissos com os impactos socioambientais gerados em seus processos produtivos.

Assim, em junho de 2012, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), que marcou os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), com o objetivo de tentar reafirmar o compromisso político com o desenvolvimento sustentável, por meio de avaliações nas implementações das decisões que foram adotadas.

Dentre os princípios do direito ambiental, destacam-se três que se relacionam diretamente com a atividade de mineração, norteados o embasamento teórico e fixando a legislação pertinente em casos concretos: o da precaução, o da prevenção e do desenvolvimento sustentável.

A precaução está diretamente ligada aos impactos ambientais “não conhecidos”<sup>4</sup> que as atividades de mineração acarretam ao meio ambiente e

2 Ver CAÚLA, Bleine Queiroz. *A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais*, 2012.

3 Opina Carla Amado Gomes (2015, p. 5) “A insuficiência da noção de refugiado ambiental prende-se desde logo com a noção-base de refugiado”.

4 Sobre o risco abstrato da “sociedade de risco”, ver (BELCHIOR; SALAZAR PRIMO, 2016, p. 19). “O rompimento da barragem de propriedade da Samarco Mineração S.A. representa, decerto, a concretização de um risco abstrato, típico da sociedade de risco e da modernidade reflexiva”.

aos seus sistemas naturais, resvalando no quadro de incertezas. Tais sistemas possuem valores e direitos intrínsecos, e com isso, os interesses em questão não têm possibilidade de auferição, são “desconhecidos no campo científico”. Nesse sentido, se faz necessário “precaaver o que não se sabe ainda”. Logo, fica clara a necessidade da criação e da adoção de medidas destinadas à preservação do meio ambiente — com o impedimento de ações lesivas e fiscalização por parte de órgãos específicos — necessidade esta que quanto à mineração, tem, inclusive, previsão constitucional, sem pretender ignorar ou desconsiderar os limites e restrições impostos à livre iniciativa.

O princípio da precaução surge, também, como meio de gerenciamento de risco integral, pois tem que se levar em conta que, mesmo com todos os estudos preventivos realizados, é necessário que seja considerada a existência da chance do imprevisto, deixando claro que, indubitavelmente, mesmo com todos os recursos existentes, a imprevisibilidade ambiental pode ocorrer, já que não há como mensurar todas as situações, nem olvidar da incerteza. Tal princípio deixa clara a existência de duas teorias: uma que acredita existir medidas de prevenção destinadas ao resguardo do meio ambiente, e a outra que vê a possibilidade de perigo iminente, posto que toda atividade humana produz impacto ambiental, enfatizando a lógica do *in dubio pro natura* como premissa mais forte no caso dessas duas teorias.

Por sua vez, a prevenção torna-se um princípio essencial para a conservação ambiental, devendo estar à frente do dever de reparar daqueles que, de algum modo, contribuem para que haja danos ao meio ambiente. A aplicação do princípio da prevenção ocorre quando o perigo é certo e quando há elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade será efetivamente perigosa, como é o caso da atividade de mineração, previamente considerada como lesiva ao meio ambiente, vinculada à obrigatoriedade de licenciamento com estudo e relatório de impacto ambiental<sup>5</sup>.

---

5 Tramita no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 65/2012, ementa: “Acrescenta o §7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental”, obtendo parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, no dia 27 de abril de 2016. O relatório apresenta a justificativa de que “A proposta tem por objetivo garantir a celeridade e a economia de recursos em obras públicas sujeitas ao licenciamento ambiental, ao impossibilitar a suspensão ou cancelamento de sua execução após a concessão da licença, senão em face de fatos novos, supervenientes à situação”. A imoralidade da PEC pode ser percebida a partir do próprio relatório da CCJC do Senado, contendo apenas três páginas cujo texto é desprovido de fundamentação que justifique o retrocesso ambiental e a quebra



O princípio do desenvolvimento sustentável norteia os estados a utilizarem seus recursos disponíveis de acordo com suas próprias políticas nacionais, havendo desejo de que os países em desenvolvimento consigam separar seus objetivos econômicos dos países que fazem parte do mundo desenvolvido. Constitui-se em um princípio econômico, pois está diretamente ligado à economia dos Estados, possuindo caráter associado à proteção e à promoção dos direitos humanos.

Este princípio também representa um dos mais importantes para a mineração, pois a exploração desta atividade está associada à economia, submetendo-se a efeitos de normatização quando relacionados aos meios necessários para que aconteça o seu adequado desenvolvimento, fundamentado pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que tange os princípios gerais da atividade econômica. Sua tutela está elevada a uma garantia constitucional e diretamente interligada à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os princípios da responsabilidade e o do poluidor-pagador estão insertos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no art. 225, §2º: “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”. A partir deste dispositivo constitucional é forçoso admitir as compensações financeiras, bem como a responsabilidade dos entes que possuem prerrogativas para fiscalizar tais práticas.

Nessa senda, Paulo Affonso Leme Machado (2010, p. 712) pondera que as atividades de mineração foram objeto de vários tópicos na CF/88, dada a sua importância estratégica para o desenvolvimento do país, bem como o seu potencial de poluição e degradação ambiental. Não obstante, o artigo 176 da CF/88 também trata da proteção ao meio ambiente, com normas de proteção dos recursos minerais, intimamente às garantias concedidas para pesquisas de lavras, onde se faz necessária a autorização ou a concessão de lavras para que o proprietário do solo possa ter participação no resultado. Nesses casos, nem sempre os lucros das pesquisas e das explorações irão unicamente para o proprietário do solo, podendo ser dividido, já que a pessoa que descobrir, no solo de outrem, recursos minerais, poderá se apossar de parte destes lucros, sendo obrigado a pagar um percentual ao proprietário do solo e à União.

---

da isonomia entre as obras públicas e privadas. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2016.

Dessa maneira, há uma análise positiva de que a Constituição está preocupada com todas as dimensões do ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), interligando conceitos, restringindo direitos e incrementando a fiscalização para a efetividade da qualidade do ambiente sadio à vida humana, sob a muralha dos meios de tutela jurídica, garantindo ao mesmo tempo o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico, ou seja, o desenvolvimento de atividades econômicas potencialmente degradadoras, de forma a minimizar e controlar os impactos ambientais.

Entrementes, constatada uma degradação ao meio ambiente será necessária de alguma forma a compensação do dano ambiental, seja na esfera penal, cível ou administrativa, por meio de sanções, na forma de tributos e taxas. A tutela jurídica, nos casos em epígrafe, ocorre por força da Lei no 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, entre outros, e a Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e de atividades lesivas ao meio ambiente.

Têm-se os argumentos de Ana Lucia Brunetta Cardoso e Karina Meneguetti Brendler (2008, p. 1459):

A necessidade de se estabelecer maiores garantias jurídicas na efetivação de uma busca de preservação do meio ambiente, tem nos levado a discutir suas diferentes abordagens pelas Ciências Jurídicas, uma vez que atuará o Poder Judiciário, como um mediador deste conflito. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio e o desenvolvimento econômico cada vez mais se tornam pertinentes, ante a ausência de uma correta exploração dos recursos naturais. O sistema jurídico necessita possuir instrumentos jurídicos hábeis, como o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental, meios estes capazes a compatibilizar o desenvolvimento econômico e as atividades econômicas geradoras de riquezas, sob pena de uma perda da qualidade de vida existente no planeta. O sistema legal para a concessão do licenciamento ambiental na mineração assim, deverá atuar como um compatibilizador da permissão para a extração de minérios e a possibilidade de recuperação da área explorada, com o seu conseqüente plano de recuperação, que deverá avaliar a impactação necessária a sustentabilidade da atividade (CARDOSO; BRENDLER, 2008, p. 1459).

Não obstante, a “obediência” à incerteza, que surge dos riscos ambientais e da vulnerabilidade, tem consonância com os princípios da supremacia da

Constituição, da proporcionalidade, da soberania, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. A atividade mineradora deverá se quedar aos ditames ambientais como forma preventiva de tornar menores os riscos potencialmente ofensivos aos direitos humanos ambientais, a exemplo do deslocamento ambiental por força de inviabilidade da qualidade de vida humana<sup>6</sup>.

No âmbito administrativo, a proteção ao direito ambiental é materializada pelo estudo de impactos ambientais e a ação civil pública, mais uma ferramenta utilizada em defesa e garantia da qualidade do ambiente de vida. O novo paradigma revela que a responsabilidade torna-se compartilhada entre Estado e coletividade<sup>7</sup>, mesmo que o Estado goze de prerrogativas, especialmente pelo poder discricionário ambiental e a tutela administrativa<sup>8</sup>.

## **2. A EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DE MINERAÇÃO NO BRASIL**

No ano de 1934, a Constituição disciplina o regime de concessão para a exploração das minas, e a União repassa a autorização para o particular ter direitos à exploração das minas brasileiras. O direito de exploração foi regularizado pelo Código de Minas da República dos Estados Unidos do

---

6 Em consonância com o texto preambular da Constituição da República Federativa do Brasil, in verbis: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos, em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifo nosso).

7 O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) em seu artigo 373, parágrafo 1º prevê “[...] o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Tal dispositivo rompe com a atribuição estática do ônus probatório.

8 Segundo Germana Parente Neiva e Diego de Alencar Salazar Primo. (2016, p. 23) “Na Holanda e na Alemanha, adotou-se outra solução para o problema da prova do nexa causal: a teoria da responsabilidade coletiva, ou teoria da causa alternativa ou disjuntiva, segundo a qual, nos casos de incerteza quanto às causas do dano (impossibilidade de indicar o efetivo causador do dano, dentre um grupo de envolvidos), deve-se responsabilizar solidariamente a todos, com origem no estabelecimento de uma presunção *juris tantum* de que todos contribuíram para a lesão”. (grifo nosso).

Brasil (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934) e criado o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), órgão responsável pelas autorizações e concessões para a exploração das minas. Neste período não existia uma preocupação com os recursos naturais da atividade mineradora, importava mais a atividade econômica da mineração com vistas à obtenção do lucro.

No cenário atual, a atividade mineradora é regulada pelo Código de Mineração (Decreto nº 227 de 28 de Fevereiro de 1967)<sup>9</sup>, regulamentado pelo Decreto nº 62.934/1968, pela Constituição Federal de 1988, além de atos normativos do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)<sup>10</sup> e Ministério de Minas e Energia (MME).

O Código de Mineração estabelece regras voltadas à indústria de produção mineral, sendo da competência exclusiva da União administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais. Os órgãos do executivo assumem a pasta da promoção do crescimento econômico, sem deixar que haja fiscalização e responsabilização para as devidas reparações quando existirem danos.

A atividade de mineração está submetida à fiscalização do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM<sup>11</sup>. Os agentes econômicos sujeitos à regulação minerária são as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que realizem algum tipo de pesquisa ou beneficiamento mineral<sup>12</sup>. A mineração pode ser interpretada como uma atividade que produz riscos ao meio ambiente e altamente degradadora, contudo, a fiscalização realizada pelo DNPM, deve

9 Artigo 1º do Código de Mineração (Decreto nº 227/1967).

10 A lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994 autoriza o Poder Executivo a instituir como autarquia federal o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), vinculada ao Ministério de Minas e Energia. É dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira, tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e circunscrição em todo o território nacional. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

11 "O DNPM tem por finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõem o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa". Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

12 Artigo 13 do Código de Mineração (Decreto nº 227/1967).

auxiliar na diminuição dos impactos que esta atividade traz em sua essência, mas, sobretudo, os riscos ambientais cujas consequências são de grande proporção em termos espaciais e temporais.

A atividade mineradora acarreta alterações nas características ambientais (*status quo*) da região onde é explorada, sem possibilidade de reconstituição do estado anterior, e não tendo como prever, nem tampouco mensurar, com precisão, os impactos que serão gerados pela atividade (Princípio da Precaução); daí a gestão e fiscalização desta atividade resultar na minimização dos impactos (danos) ambientais e evitar catástrofes como a ocorrida em Mariana, Minas Gerais (MG), objeto de análise do presente artigo.

## **2.1. Projeto de Lei nº 5.807/2013**

O aumento na concessão de licenças e o crescimento de empresas no ramo minerário tornou a fiscalização ineficiente, na medida em que não consegue ter controle e padrão em suas visitas técnicas, ficando os órgãos ambientais desatualizados, principalmente com relação aos critérios e padrões técnicos, agravado pela inoperância de uma legislação retrograda.

Entrementes, a realidade atual da atividade mineradora brasileira é de um código ultrapassado e de um órgão executivo, o DNPM, desprovido, pois há anos não renova seu quadro de servidores, faltam equipamentos técnicos e de capital humano, agravado pela ausência de repasses federais e a venenosa corrupção na concessão e renovação das licenças ambientais eivadas de vícios formais e materiais<sup>13</sup>.

O Ministério de Minas e Energia lançou no ano de 2011, o Plano Nacional de Mineração 2030. O programa tem como maior finalidade nortear o setor minerário brasileiro pelos próximos 20 anos, abordando, de forma agregada, as diversas etapas da geologia, da mineração e da transformação. Dentre as ideias centrais estão a criação da Agência Nacional de Mineração (ANM) e do Conselho Nacional de Política Mineral (CNPM) e a consolidação do Marco Regulatório da Mineração (BRASIL, portal, *online*).

---

13 Essa afirmação tem por base o precedente da prisão de secretários de meio ambiente de alguns estados e municípios brasileiros, cujas informações estão publicadas no site da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente – ABRAMPA. Disponível em: <[http://www.abrampa.org.br/namidia\\_listar.php?idNoticia=493](http://www.abrampa.org.br/namidia_listar.php?idNoticia=493)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

Existem opiniões e perspectivas diversas sobre a criação do novo marco regulatório. O setor minerário luta pela flexibilização e celeridade na aquisição dos licenciamentos ambientais da atividade. Já o setor público defende a busca por um controle mais amplo e eficiente e uma fiscalização mais rígida para a exploração do bem público, bem como fixar aumento na Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM).

Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 5.807/2013 (Novo Marco Regulatório da Mineração)<sup>14</sup>, colima instituir novas bases para o crescimento da economia mineral no Brasil. Referido projeto recebe críticas por alguns, sendo considerado desastroso e de um conjunto normativo eivado de alguns dispositivos inconstitucionais. Não obstante, o projeto apresenta o Conselho Nacional de Política Mineral e transforma o DNPM em Agência Nacional de Mineração (ANM), como “medida para evitar a criação de cargos e alterações na nomenclatura administrativa e primar pela qualidade da gestão pública”.

Além da fragilidade jurídica encontrada neste projeto, se o texto for realmente mantido, ainda existe uma previsão de que a ANM passe a ficar sobrecarregada. Nesse caso, haverá um aumento na dotação orçamentária ou os diversos estados da federação, que possuam uma sede da superintendência do DNPM, não mais contarão com as unidades administrativas da ANM.

É cediço que o Estado deve encontrar soluções para as lacunas referentes à mineração e colocar em prática mecanismos modernos de fiscalização (Poder Executivo), além de realizar a mudança na lei específica (Poder Legislativo). Inquestionável o fato de o Código de Mineração não alcançar as transformações e vulnerabilidades, inerentes ao elevado grau de riscos ambientais provocados pela mineração, sem obstar as punições contidas nele e na legislação existente, não possuem mais o mesmo caráter punitivo. Nessa senda, o novo marco regulatório tem que ser elaborado de forma interdisciplinar e votado com celeridade.

Depreende-se a preocupação do legislador com a sustentabilidade da atividade de extração de minérios, diretamente ligada aos que fazem parte do setor mineral, para que suas atividades sejam de menor impacto ambiental. Já o Poder Público

---

14 Ementa: Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração – ANM, e dá outras providências. Situação atual: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?Idproposicao=581696>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

fica com a responsabilidade da fiscalização efetiva dessas atividades, em prol do desenvolvimento, para que este seja no âmbito da sustentabilidade.

Por tais razões, a atividade mineradora deve ter a obrigatoriedade de um estudo técnico, com parâmetros objetivos e formais, realizado por profissionais capacitados na área da atividade econômica, apontando todos os fatos e elementos que venham a modificar o ecossistema. Nesse contexto, devem apresentar formas alternativas e preventivas de futuros impactos gerados, sem que haja o dano e a posterior reparação. É ainda uma realidade longínqua no Brasil, mormente a fiscalização ineficiente dos órgãos ambientais públicos, desprovidos de recursos e investimentos do governo, a falta de pessoal especializado para realizar as fiscalizações, alguns normativos em descompasso com a realidade e a corrupção no sistema de licença ambiental.

## **2.2. Breves notas sobre o “poder discricionário administrativo” de controle ambiental**

No ano de 1981, o Congresso Nacional aprovou uma política nacional de meio ambiente (Lei nº 6.938/81). Da premissa do poder de polícia ambiental surgiram as licenças ambientais, ferramentas utilizadas para o controle da poluição ambiental, em face do crescimento e da necessidade do desenvolvimento econômico.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA<sup>15</sup> possui poder normativo para estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividade lesiva e potencialmente poluidora, a ser concedido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e Municípios e supervisionado pelo IBAMA; determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais.

No que concerne à licença ambiental, compete ao CONAMA estabelecer padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com objetivo de utilizar racionalmente os recursos ambientais, bem como a normatização das licenças ambientais e a homologação de acordos que tratem

---

<sup>15</sup> Órgão consultivo e deliberativo, inserido na estrutura do Ministério do Meio Ambiente (MMA). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

da transformação de penalidades relativas à pecúnia, em obrigações de execução das medidas que tenham interesse na proteção ambiental.

As formas de punição aos infratores da legislação ambiental podem ser aplicadas por meio do CONAMA, através da Câmara Especial Recursal – CER, em última instância administrativa, em grau de recurso, pela perda ou da restrição dos benefícios fiscais, podendo, também estabelecer a perda ou a suspensão da participação em linhas de crédito e financiamento em estabelecimentos oficiais.

Existe um elo entre o direito ambiental e o direito administrativo facilmente visível no poder de polícia ambiental e pela concessão de licenças ambientais (LP, LI, LO), para a instalação e funcionamento de atividades econômicas, a exemplo da mineração. A licença ambiental é o ato administrativo em que o órgão ambiental competente (federal, estadual ou municipal) estabelece restrições e medidas de controle ambiental, bem como prazos e critérios para a renovação periódica<sup>16</sup>.

É forçoso afirmar que a “fiscalização preventiva” da mineração para o cumprimento das normas ambientais, feita pelo Poder Público, acontece pela licença ambiental com o escopo de minorar o conflito gerado em torno da atividade minerária, em relação ao meio ambiente, embora a regra brasileira seja a responsabilidade do risco integral da atividade produzida.

Neste azo, infere-se que o direito ambiental brasileiro se aplica em um contexto de estado regulador, por atuar como agente normativo e restringir a atividade econômica. Tendo em vista que a atividade de mineração está suscetível de acarretar a degradação ambiental, se encontra inserida nas hipóteses de autorização prévia, do poder público, para que possa ser realizada. Tais autorizações se dão por meio das licenças ambientais.

Assim, a interferência do Estado, no controle da atividade de mineração, colima a efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável, sempre buscando condutas mais benéficas ao meio ambiente, mesmo sabendo que não há como utilizar os recursos naturais sem existirem modificações no ecossistema, mas que esse uso pode ser planejado de forma a mitigar o desequilíbrio ambiental. No caso da mineração, é inegável que existem degradações nas áreas em que as empresas estão explorando o solo, pois extraem diversos tipos de minerais,

---

16 No estado do Ceará é concedida pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE). No município de Fortaleza incumbe à pasta da Secretaria de Urbanismo e Meio Ambiente (SEUMA).



areias, britas, calcário e outros produtos que são levados pelo vento e pela água, acarretando poluição no seu entorno.

Desta forma, fica evidenciada a necessária atuação de todos os setores da sociedade. A responsabilidade socioambiental das empresas, a responsabilidade de fiscalização e gestão do Estado, o acompanhamento de todos os cidadãos, de forma individual e, principalmente, organizado (terceiro setor), onde juntos exercem gestão e fiscalização para garantia do ambiente ecologicamente equilibrado, sem impactar negativamente no crescimento econômico, ou seja, para garantir o desenvolvimento sustentável.

### **3. A TRAGÉDIA DE MARIANA COMO PARÂMETRO DA INCERTEZA (PRECAUÇÃO): AMBIENTE E MINERAÇÃO — CARA OU COROA?**

No ano de 1960, a empresa francesa Peñarroya instalou a Companhia Brasileira de Chumbo – COBRAC<sup>17</sup> na cidade de Santo Amaro da Purificação, estado da Bahia. Posteriormente, passou a se chamar Plumbum Mineração e Metalurgia, vendida em 1989, ao Grupo Trev. A empresa operou durante 33 anos e só foi desativada em 1993, após promover graves danos ambientais irreversíveis, como a contaminação de chumbo, espalhado pela cidade, poluição e o óbito de várias vítimas. Existe, ainda, cerca de 500 toneladas enterradas nas proximidades da empresa e uma imensa quantidade de lixo tóxico, encoberto por inocentes cultivos como: bananeiras e mandiocas, que servem de alimento tanto à população local, como para exportação para outras regiões, inclusive a capital Salvador<sup>18</sup>. Das 3.500 pessoas que trabalham na fábrica, 948 já morreram. O Ministério Público Federal ajuizou, no ano de 2002, uma Ação Civil Pública

17 A COBRAC produzia ligas de chumbo, a partir do minério de chumbo das minas de Boquirá, utilizando processo metalúrgico que resultou no lançamento na atmosfera de subprodutos que segundo ensaios realizados, conforme a NBR10.004, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, os metais pesados chumbo (Pb) e cádmio (Cd), são considerados resíduos perigosos e altamente tóxicos. A escória foi utilizada para o calçamento da cidade, construção de muros e jardins nas residências de Santo Amaro. Disponível em: <<http://sopadechumbo.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

18 Disponível em: <<http://sopadechumbo.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

e a justiça federal condenou a empresa a pagar 10% do faturamento bruto, de 1989 a 1993, às indenizações<sup>19</sup>.

O ano de 2015 registra outro gravíssimo desastre ambiental no Brasil, o rompimento da barragem de rejeitos de minérios de ferro da Samarco, ocorrido no dia 05 de novembro, em Mariana—MG. A tragédia trará consequências incomensuráveis para o ecossistema e servirá como modelo de gestão pública ambiental negligente e inoperante ante a forte contaminação atmosférica associada a um passivo ambiental, visível nos solos e na água. O tema suscita até o controle de convencionalidade para restabelecer os Direitos Humanos, umbilicalmente vinculados ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

A barragem do Fundão acabou se rompendo por fatores variados, mas listamos alguns: a) a falta de supervisão do poder público, mais especificamente do órgão responsável pela autorização e fiscalização da exploração mineral, o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM<sup>20</sup>; b) a “ousadia” da empresa Samarco em alterar o projeto original licenciado; c) a letargia da sociedade local com o perigo iminente, produzido por força da atividade desenvolvida pela empresa Samarco<sup>21</sup>; d) a prevalência da empresa de enfrentar os riscos, em nome de uma falsa perspectiva de que ‘não vai acontecer nada’<sup>22</sup>; e) a possibilidade de inoperância da legislação ambiental,

---

19 Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/04/mineradora-e-condenada-por-contaminacao-de-santo-amaro.html>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

20 Não menos diferente do IBAMA, o DNPM vem passando por sérias dificuldades ao longo dos anos, tanto pela diminuição do seu quadro de pessoal — haja vista que não há concurso público para o preenchimento das vagas remanescentes — quanto pela falta de equipamentos e repasse de verbas. Desta forma, tais fatos inviabilizam o trabalho dos servidores neste quesito, inclusive por ser no estado de Minas Gerais, onde se encontra o maior número de mineradoras do país.

21 Parece uma utopia, mas a Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei nº 12.334/2010) prevê em seu art. 15: “A PNSB deverá estabelecer programa de educação e de comunicação sobre segurança de barragem, com o objetivo de conscientizar a sociedade da importância da segurança de barragens, o qual contemplará as seguintes medidas: I — apoio e promoção de ações descentralizadas para conscientização e desenvolvimento de conhecimento sobre segurança de barragens; II — elaboração de material didático; III — manutenção de sistema de divulgação sobre a segurança das barragens sob sua jurisdição; IV — promoção de parcerias com instituições de ensino, pesquisa e associações técnicas relacionadas à engenharia de barragens e áreas afins; V — disponibilização anual do Relatório de Segurança de Barragens”. (Grifos nosso).

22 Ver o julgado do STJ: [...] a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei à determinadas pessoas para ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano

em nome da necessidade econômica e geração de empregos; f) a dependência da Economia pela atividade mineradora; g) a incerteza de todos os possíveis riscos — princípio da precaução.

A tragédia revela a inobservância do órgão federal acerca dos procedimentos estabelecidos no Código de Mineração — Art. 16<sup>23</sup>, à Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) e ao Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB)<sup>24</sup>. As razões da inoperância ou negligência do órgão federal de controle ambiental da atividade mineradora revela o desprezo dos estados da federação pelos princípios ambientais. No entanto, confirma que a falta de prevenção, somada aos riscos da atividade, promoverão a incerteza (impende uma precaução) e, por conseguinte, a insegurança dos ambientes em que sejam desenvolvidas as atividades de mineração.

Impende afirmar que legislação não aguenta desaforo. Essa premissa nos leva a afirmar que o Poder Legislador vem fazendo o dever de casa sem, contudo, ter a preocupação se suas leis não passam de mero ‘conto de fadas’ para o Poder Executivo. O arcabouço jurídico ambiental é suficiente para prevenir uma tragédia como a ocorrida na barragem do Fundão em Mariana – MG, mas depende da moralidade administrativa, de uma sociedade atenta aos seus direitos e à tutela dos mesmos, pois o direito à informação e à participação passam a ter conotação de deveres<sup>25</sup>. Dentre tantas leis, citamos um artigo da Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens que fala por si só:

---

sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente (REsp 1.179.342-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27.05.2014). Grifo nosso.

- 23 Ver o art. 16 do Código de Mineração (Decreto n° 227 de 28 de Fevereiro de 1967): “A autorização de pesquisa será pleiteada em requerimento dirigido ao Diretor-Geral do DNPM, entregue, mediante recibo, no protocolo do DNPM, onde será mecanicamente numerado e registrado, devendo ser apresentado em duas vias e conter os seguintes elementos de instrução [...]”.
- 24 Estabelecidos pela Lei n° 12.334/2010. Dentre os objetivos desta política (art. 3°): “garantir a observância de padrões de segurança de barragens, de maneira a reduzir a possibilidade de acidente e suas consequências” (inciso I); “coligir informações que subsidiem o gerenciamento da segurança de barragens pelos governos” (inciso V); “fomentar a cultura de segurança de barragens e gestão de riscos” (inciso VII).
- 25 Ver CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública por danos ambientais: um olhar à luz do direito à informação e do direito de participação. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz (Org.) et. al. O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira, 2014.

Art. 16. O órgão fiscalizador, no âmbito de suas atribuições legais, é obrigado a:

I. **manter cadastro das barragens** sob sua jurisdição, **com identificação dos empreendedores**, para fins de incorporação ao SNISB;

V. **exigir do empreendedor o cadastramento e a atualização das informações relativas à barragem** no SNISB.

§1º O órgão fiscalizador deverá informar imediatamente à Agência Nacional de Águas (ANA) e ao Sistema Nacional de Defesa Civil (Sindec) **qualquer não conformidade que implique risco imediato à segurança ou qualquer acidente ocorrido nas barragens sob sua jurisdição.** (Grifos nosso)

§2º O órgão fiscalizador deverá implantar o cadastro das barragens a que alude o inciso I no prazo máximo de 2 (dois) anos, a partir da data de publicação desta Lei.

A quantidade precisa de empreendimentos de mineração, autorizados pelo poder público, é inconfiável e duvidosa. Diante de uma gestão pública ambiental, desprovida de planejamento estratégico e estrutural, as informações são desencontradas. Mas não olvidamos da notória discrepância entre o número de empresas mineradoras licenciadas pelo poder público e o número de fiscais do órgão competente<sup>26</sup>. Esse quadro imoral torna inviável a realização de vistorias técnicas adequadas e periódicas, muito menos uma consultoria preventiva para evitar esse tipo de tragédia.

É retórico o argumento de que as leis não funcionam por falta de fiscalização do poder público. No entanto, os fatos ambientais recomendam que o discurso tenha a conotação de protagonismo dos direitos. Dito de outra maneira, a fiscalização pertence a todos, enquanto as consequências dos danos materiais

---

26 "A situação do estado não é muito melhor. De acordo com a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad), há 80 fiscais e 1.200 policiais militares da área ambiental para dar conta de ações que vão de captações ilegais de água a desmatamento, e apenas oito fiscais da Fundação Estadual de Meio Ambiente (Feam), que são os que geralmente percorrem minerações para avaliar as condições de barragens. Contando reservatórios de usinas e de rejeitos, são 735 represamentos fiscalizados em Minas Gerais, sendo que a Semad afirma conseguir visitar, pelo menos, uma vez por ano, cada um" (Jornal Estado de Minas — *online* veiculado em 17 de novembro de 2015).

revelam que as leis não inibem a prática recorrente, pois o sopesamento (ambiente — prevenção e precaução) *versus* (economia — mineração e riscos) é feito pelo Estado e não pelos sujeitos de direitos. Na ausência de equilíbrio e razoabilidade, nas escolhas públicas, o caminho é de escolha: cara (ambiente) ou coroa (economia)<sup>27</sup>, interesses em nítida colisão. Diante do quadro político do país, nos abstermos de invocar a política para a análise do *case* “Samarco, Vale e BHB Biliton” como medida preventiva de mais controvérsias e incertezas sobre o quadro da gestão pública ambiental para a geração presente mesmo.

A consagração da responsabilidade objetiva no Brasil data de 1981 e foi renovada pela CF/88<sup>28</sup>, sem com isso inibir os ilícitos ambientais. Entrementes, é o Poder Judiciário o responsável para tornar efetiva a responsabilização, sem obstar o cuidado com o sincretismo metodológico. Critério como a suportabilidade econômica do causador do dano ambiental, tem sido ponderado pela magistratura brasileira ao ponto da condenação ser materializada com o pagamento de cestas básicas. Essa prática demonstra que alguns magistrados estão prematuros para enfrentar a lide ambiental. Ao dano ambiental interessa o retorno do *status quo*. A condenação em cestas básicas não tem qualquer pertinência com o nexo de causalidade.

Acreditamos que tramitam algumas Ações Civis Públicas<sup>29</sup> relacionadas à tragédia ambiental de Mariana em liticonsórcio passivo contra a Samarco, Vale e BHB Biliton, com vistas à imputação da responsabilidade objetiva pelos danos causados, sem afastar a responsabilidade do poder público, enquanto concessor da licença ambiental (prévia, instalação e funcionamento), além das renovações periódicas, negligente no exercício do poder de polícia ambiental e fiscal da atividade exercida pela mineradora.

27 Baseado no laudo técnico do Instituto Pristino, o Ministério Público recomendou ao órgão licenciador a “elaboração de estudos e projetos sobre os possíveis impactos do contato entre as estruturas”. Ocorre que o órgão ambiental ignorou as recomendações e renovou a licença uma semana após o laudo ser divulgado. Disponível em: <LICENCIADOR AMBIENTAL. A Tragédia das Barragens da Samarco e o Licenciamento Ambiental Ineficiente, Burocrático e Mercantilizado. Disponível em: <<http://licenciadorambiental.com.br/a-tragedia-das-barragens-da-samarco-e-o-licenciamento-ambiental-ineficiente-burocratico-e-mercantilizado/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

28 “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente” (Art. 14, §1º, da PNMA).

29 Governos estaduais de Minas Gerais e Espírito Santo. Município de Mariana.

Salvo melhor entendimento, opinamos que houve falha no licenciamento ambiental, na fiscalização, no monitoramento, no projeto e na execução da barragem, numa total demonstração de falha do próprio poder público. O funcionamento regular da empresa Samarco é de exclusividade do poder público. A chancela, para manter qualquer empresa de mineração ativa, credita a confiabilidade dos municípios ao poder fiscalizatório e (in) corruptível do Estado.

Entrementes, o Estado também assume a responsabilidade do risco integral. Nos casos em que o poder público ignora os requisitos para a concessão de licença ambiental (evitada ou não de vícios de corrupção)<sup>30</sup>, responderá, solidariamente e conjuntamente, com a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado<sup>31</sup>.

Uma vez que o critério para a concessão da licença ambiental seja financeiro, induzirá à corrupção do sistema operacional de controle da degradação ambiental. A pessoa jurídica pode ser induzida a acreditar que corromper seja mais rentável do que adequar a sua atividade aos regramentos legais. No cenário de descrédito e insegurança jurídica surgem as indagações: em quem a sociedade poderá confiar depois da tragédia ambiental de Mariana? Qual a confiança que as licenças ambientais possuem? Como podemos mudar tal cenário? Como concorrer com a fiscalização dos empreendimentos? A participação social no cenário ambiental poderá inibir a prática lesiva ou improba. Situação vulnerável é o servidor público probo ter que denunciar uma chefia corrupta, pois que não adianta os funcionários públicos serem rígidos na análise dos critérios da licença, avaliando rigorosamente o EIA e o RIMA, se a chefia ponderar de modo contrário.

O Ministério Público de Minas Gerais está investigando como a Samarco conseguiu a autorização do governo estadual para construir a barragem de Fundão. Já que não houve, por parte desta, a apresentação de informações,

---

30 Há informação que em 2013, a Samarco estava em busca da renovação de sua licença de operação – LO. Nesta ocasião, o Ministério Público encomendou um laudo técnico ao Instituto Pristino, composto também por pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Tal laudo apontou diversas situações inadequadas, inclusive erro de design e o contato de uma pilha de resíduos inertes com a barragem do Fundão.

31 Disponível em: <LICENCIADOR AMBIENTAL. A Tragédia das Barragens da Samarco e o Licenciamento Ambiental Ineficiente, Burocrático e Mercantilizado>, também em: <<http://licenciadorambiental.com.br/a-tragedia-das-barragens-da-samarco-e-o-licenciamento-ambiental-ineficiente-burocratico-e-mercantilizado/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

consideradas essenciais, para a realização do empreendimento. Segundo o promotor responsável pelas investigações do caso, “o licenciamento todo é uma colcha de retalhos. Cheio de inconsistências, omissões e graves equívocos, que revelam uma ausência de política pública voltada à proteção da sociedade”. Assim, fica nítida a necessária apuração de todos os pontos incontroversos, como a responsabilização dos envolvidos nesse desastre ambiental<sup>32</sup>.

Analisando o viés, não apenas do estrago causado ao meio ambiente, mas voltando um pouco para a questão dos danos sociais e econômicos, temos uma catástrofe de ordem multifacetada, pois os prejuízos não ficaram apenas na esfera ambiental, mas alcançaram áreas sociais, culturais e econômicas da região, chegando a atingir estados vizinhos e suas atividades.

É inconcebível que diante de todo o arcabouço de leis ambientais, algumas mencionadas neste artigo, os órgãos ambientais de execução e fiscalização continuem sucateados à espera de mais uma tragédia ambiental no país. Caberá ao Poder Judiciário reprimir essa prática abusiva do Executivo (municipal, estadual e federal). É cediço que os litígios envolvendo o poder público são numerosos, de modo a forçar o entendimento da negligência recorrente da gestão pública ambiental, reincidente de condutas ilegais, ocupando o *ranking* das lides judiciais e comprometendo os custos da máquina judiciária.

As vítimas da maior tragédia ambiental do país precisam de informações seguras e confiáveis de que o sistema estatal de fiscalização do ambiente será mais efetivo e planejado, com vistas à prossecução da prevenção contra novos danos nas mineradoras. Entidades nacionais e internacionais enviaram notas de repúdio sobre a tragédia de Mariana. O tratamento é de um desastre contra os “direitos humanos”, segundo a ONU:

As autoridades brasileiras precisam discutir se a legislação para a atividade mineradora é consistente com os padrões internacionais de direitos humanos, incluindo o direito à informação. O Estado tem a obrigação de gerar, atualizar e disseminar informações sobre o impacto ambiental e presença de substâncias nocivas, ao passo que empresas têm

---

32 O Globo. MP de Minas Gerais vê falhas em licenciamento da barragem de Fundão. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/mp-de-minas-gerais-ve-falhas-em-licenciamento-da-barragem-de-fundao-18494612>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

a responsabilidade de respeitar os direitos humanos (Baskut Tuncak — ONU, *online*)<sup>33</sup>.

Segundo dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – Ibama, foram constatados os danos econômicos e sociais desta tragédia. O laudo extraído pelo órgão, 82% (oitenta e dois por cento) de Bento Rodrigues foi destruído pela lama. O desastre impactou atividades econômicas como a produção de milho, café, coco e cana de açúcar. O desastre refletiu também na pecuária, mais precisamente em atividades que envolvem bovinos e aves, as quais também foram diretamente impactadas e de forma bem agressiva. Sendo que o maior problema, evidentemente, está na pesca, pois a lama devastou tudo por onde passou, sabendo-se que a extensão foi deveras agressiva, atingindo estados vizinhos, como a Bahia e Santa Catarina.

Mesmo com as devidas aplicações de multas pelos órgãos ambientais e determinações da Justiça Federal para que a Samarco, a Vale e a BHB Biliton barrassem a lama de dejetos, oriundas do rompimento das barragens por elas administradas, ainda não é suficiente para que o grupo empresarial consiga amenizar os estragos causados por sua negligência e imperícia. Assim, foi assinado um acordo<sup>34</sup> entre a Mineradora e o Ministério Público Federal – MPF e Ministério Público do Trabalho – MPT, a título de “Termo de Compromisso Socioambiental Preliminar”, sem com isso desprezar a crítica de que as providências ambientais são, no mínimo, tardias, repressivas e ineficientes de caráter preventivo, tal como ocorre com a norma penal.

## CONCLUSÃO

A importância e a necessidade da atividade minerária não apenas para a economia brasileira, mas, também, para a economia mundial é

33 Relator para Direitos Humanos e Substâncias Tóxicas, Baskut Tuncak. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151126\\_governo\\_onu\\_mariana\\_mdb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151126_governo_onu_mariana_mdb)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

34 Pelo acerto, a Samarco se compromete a tomar medidas de contenção e prevenção, tanto em relação ao meio ambiente quanto em relação às pessoas que perderam suas casas e não podem trabalhar. A empresa também deve garantir o fornecimento de água potável, além de fiscalizar e analisar periodicamente a qualidade da água do Rio Doce, atingido pelo derramamento da lama cheia de metais pesados — tóxicos. (Boletim de Notícia ConJur, online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/samarco-assina-acordos-ministerio-publico-reparar-danos>>. Acesso em: 15 fev. 2016.



uma constatação. No entanto, os novos parâmetros de crescimento e desenvolvimento impendem à observância de princípios ambientais, notadamente a prevenção e a precaução; este último ratifica a incerteza e remota o pensamento do filósofo grego Sócrates: “Só sei que nada sei”, analogamente, o reconhecimento da ignorância ambiental.

É cediço que a atividade mineradora acarreta alterações nas características ambientais da região onde é explorada e, consideravelmente, impossibilita o retorno ao estado anterior (*status quo*). Por esta razão, é uma atividade desenvolvimentista subordinada à muralha dos princípios ambientais, cuja inobservância leva a resultados desastrosos, como o ocorrido nas cidades de Santo Amaro da Purificação (Bahia, 1960) e Mariana (Minas Gerais, 2015).

Entrementes, a atividade mineradora brasileira é regulada por um código ultrapassado e a sua execução conduzida por órgão público desestruturado. Então surge a indagação de qual escolha faremos: Cara ou coroa? A Cara aqui representada pela política pública ambiental eficiente e preventiva (estruturação, fiscalização, proibidade administrativa) e a Coroa representada pelo sopesamento ao lucro a qualquer custo ambiental (facilitado pela inobservância à legislação, o descaso dos governos, o esquema corruptível da concessão e renovação das licenças ambientais e o investimento privado das campanhas eleitorais como forma de compensação de favores ambientais).

A criação de um novo marco regulatório para o setor minerário só trará bons resultados se houver uma mudança drástica do comportamento social, de forma a evitar a corrupção estatal e privada e o combate ao esquema, envolvendo licenças fraudulentas no país. O Projeto de Lei nº 5.807/2013 (Novo Marco Regulatório da Mineração) está em tramitação no Congresso Nacional, mas qualquer esperança de mudanças deve ser depositada na sociedade, e não nas leis. Entrementes, não é necessariamente a idade das leis que torna os direitos sem efetividade, mas sim os seus operadores.

A imprensa ainda não silenciou a tragédia provocada pela mineradora Samarco, mas quantos brasileiros estão preocupados com esse fato? Será que todos os mineiros assimilaram a dimensão da gravidade? O “poder discricionário administrativo” de controle ambiental deve ser um aliado da proibidade administrativa, de forma a evitar prejuízos para as gerações futuras. A única alternativa, agora, é o ressarcimento (indenizações) para todas as vítimas desta tragédia, pois, além dos danos materiais e sociais, ainda houve vítimas fatais, sem contar as pessoas que moravam no entorno do empreendimento e perderam

suas casas, pertences e muitos deles ainda perderam o meio que ganhavam a vida, sua fonte de renda, haja vista que a lama tóxica depositada no rio, oceano, na flora e fauna da região e afins, causou a mortandade de diversas espécies, gerando desemprego à população, que trabalhava da pesca e agricultura, como demonstrada acima.

Por tudo que já foi exposto, o que demonstra ser indispensável, na atividade de mineração, é a adoção — pelas empresas que consomem os recursos minerais — de métodos sustentáveis para tornar a extração do minério menos agressiva ao meio ambiente, utilizando-se de todas as tecnologias e estudos disponíveis no mercado para a minimização e compensação dos impactos gerados, somado à efetiva fiscalização por parte do Poder Público, além do repasse de verbas aos órgãos responsáveis pela fiscalização da atividade, assim como uma rigorosa dinâmica destinada à aquisição das licenças ambientais, necessárias para que um determinado empreendimento possa ser iniciado.

Neste sentido, o que se espera é que os responsáveis sejam efetivamente punidos, as vítimas indenizadas e o Poder Público, em geral, seja investigado, para apurar as omissões e, caso haja alguma constatação, que este seja inserido no polo passivo da demanda e venha a arcar com todas as obrigações inerentes a essa tragédia ambiental.

Gerações presentes não devem pagar para ver os resultados à inobservância dos princípios norteadores do Direito Ambiental. O futuro nada aparenta de promissor. O “atrevimento humano” X natureza tem se revelado verdadeiro perigo e uma zona movediça imprópria à subsistência humana. É uma guerra com carta marcada. Gaia vencerá. E fica a reflexão: “Estado Democrático de Direito” não implica dizer “Estado Responsável pelos Direitos” daqueles que não tutelam.

## REFERÊNCIAS

ABRAMPA. Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente. Disponível em: <[http://www.abrampa.org.br/namidia\\_listar.php?idNoticia=493](http://www.abrampa.org.br/namidia_listar.php?idNoticia=493)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BBC, Notícias. **Governo rebate críticas da ONU sobre resposta “inaceitável” à tragédia em Mariana.** Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151126\\_governo\\_onu\\_mariana\\_mdb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151126_governo_onu_mariana_mdb)>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SALAZAR PRIMO, Diego de Alencar Salazar. A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 10–30, jan./jun. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei no 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei no 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

(VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Lei 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0227.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Minas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24642.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24642.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994. Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8876.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.807/2013. Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração – ANM, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581696>>. Acesso em: 10 out. 2015.

CARDOSO, Ana Lucia Brunetta; BRENDLER, Karina Meneguetti. O licenciamento ambiental na mineração e sua efetiva relação com o meio ambiente em conta o que preceitua o artigo 225 §2 da constituição federal de 1988. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_58.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_58.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais.** Premius: Fortaleza, 2012.

CAÚLA, Bleine Queiroz. A Proteção da vida à luz da responsabilidade penal ambiental da pessoa coletiva de direito privado: análise da colisão com o direito de liberdade e com o direito social do trabalho. In: MIRANDA, Jorge (Org). CAÚLA, Bleine Queiroz et. al. (Coord.). **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**, 2013, p. 1–64.

CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública por danos ambientais: um olhar à luz do direito à informação e do direito de participação. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz (Org.) et. al. **O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 3–67.

CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE (CONAMA). O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – IBAMA, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 48 do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, para efetivo exercício das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo artigo 18 do mesmo decreto, e Considerando a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 01, de 23 de janeiro de 1986. **DOU** 17/2/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 07 set. 2014.

CONSULTOR JURÍDICO. Rompimento de barragens. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/samarco-assina-acordos-ministerio-publico-reparar-danos>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL (DNPM). **Governo lança Plano Nacional de Mineração 2030**. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=99&IDPagina=72&IDNoticiaNoticia=523>>. Acesso em: 13 set. 2014.

GOMES, Carla Amado. Migrantes climáticos: para além da terra prometida. In: CAÚLA, Bleine Queiroz (Org.) et. al. **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juros, 2015, p. 1–17.

Jornal Expresso de Minas. Sem estrutura: DNPM não fiscaliza 95 barragens em Minas. Disponível em: <<http://www.expressodeminas.com.br/minas/sem-estrutura-dnpm-nao-fiscaliza-95-barragens-em-minas>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O GLOBO. MP de Minas Gerais vê falhas em licenciamento da barragem de Fundão. **O Globo**, Rio de Janeiro, 17 jan. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/mp-de-minas-gerais-ve-falhas-em-licenciamento-da-barragem-de-fundao-18494612>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

# A GESTÃO DO MEIO AMBIENTE NO CEARÁ

---

*Artur Bruno*





## INTRODUÇÃO

É com grande satisfação que aceitamos o convite da professora Bleine Queiroz para fazermos uma palestra sobre “A Gestão do Meio Ambiente no Ceará”, no Seminário VII Diálogo Ambiental Constitucional e Internacional, realizado na Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Temos o prazer de, em nome do Governo do Estado do Ceará, apoiar a realização desse evento. Gostaríamos de começar elogiando a diretora do Centro de Ciências Jurídicas, Professora Katherinne Mihaliuc e a coordenadora do PPGD, Gina Pompeu, que trabalhou comigo quando estive deputado estadual. Congratulo-me com toda a equipe de apoiadores: a Defensoria Pública do Ceará, Procuradoria Geral do Município de Fortaleza – PGM e a Lumen Juris-Livraria e Editora.

Acredito no sucesso desse evento. Nosso propósito é apresentar a recém-criada Secretaria do Meio Ambiente – Sema e seu sistema: Superintendência Estadual do Meio Ambiente – Semace e Conselho Estadual do Meio Ambiente – Coema. A Sema resulta da transformação do Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – Conpam e foi instituída pela Lei Estadual nº 15.773, publicada no Diário Oficial de 10 de março de 2015, sancionada pelo governador Camilo Santana, que é ambientalista.

Nossas ações visam apoiar e incentivar o desenvolvimento de práticas sustentáveis no Ceará. O enfoque se dá através de quatro programas: Ceará Consciente por Natureza, com a missão de realizar educação ambiental; Ceará mais Verde, que é a proteção e recuperação da cobertura vegetal dos nossos biomas — mata atlântica, tabuleiros litorâneos e a caatinga —; o programa Ceará no Clima, que busca ações mitigadoras para reduzir os gases de efeito estufa, queimadas e áreas em processo de desertificação e o programa de Resíduos Sólidos que visa a redução dos impactos negativos, da disposição inadequada, de resíduos sólidos no meio ambiente. A Sema, além de elaborar as políticas públicas, responsabiliza-se e zela pelas Unidades de Conservação do Estado. Ao total são 24.

A Superintendência Estadual do Meio Ambiente — Semace — é uma autarquia vinculada à Sema. Ela realiza o monitoramento, a fiscalização e o licenciamento ambiental, além de ser responsável pela proteção da fauna e flora do Estado. De acordo com a Lei Estadual nº 11.411, de 28/12/1987, o Conselho Estadual de Meio Ambiente é um órgão colegiado que tem a missão

de formular diretrizes e estratégias que servem de base ao processo decisório e o posicionamento político da gestão ambiental, haja vista ter, por escopo, o assessoramento do Poder Executivo Estadual na condução da Política de Meio Ambiente. Além disso, o Coema é responsável por estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas à utilização, preservação e conservação dos recursos naturais.

O nosso trabalho é realizado com parcerias fundamentais das secretarias municipais de meio ambiente, órgãos públicos e entidades da sociedade civil. Gosto sempre de lembrar um pensamento da sabedoria africana que diz: “Se quiseres chegar rápido, ande só; se quiseres chegar longe, ande acompanhado”. Eu quero estar acompanhado de vocês, para que possamos desenvolver, cada vez mais, a economia e o desenvolvimento sustentável do estado do Ceará.

Cuidar do meio ambiente é uma tarefa que exige solidariedade, comprometimento e parceria de todos. É o nosso meio, é o nosso ambiente que merece todo o nosso carinho e dedicação, afinal, é a herança que deixaremos para as futuras gerações.

## 1. UM POUCO DE HISTÓRIA

Foi no Governo de Tasso Jereissati que a questão ambiental ganhou a proporção de uma superintendência, sendo criada, através da Lei nº 11.411/1987, a Semace, órgão executor das políticas de meio ambiente, e o Coema, com composição paritária, possuindo jurisdição em todo o Estado e tendo como objetivo assessorar o Chefe do Poder Executivo em assuntos de política de proteção ambiental.

Em 1998, a Ouvidoria-Geral do Estado implantou a Ouvidoria Ambiental, cujas principais atividades referiam-se à promoção de reuniões de conciliação e intermediação para solução de problemas afeitos ao meio ambiente. A Ouvidoria Ambiental estabeleceu-se dentro do espaço da Ouvidoria-Geral do Estado, de forma não institucionalizada, mas tornou-se um canal importante para atender aos anseios da sociedade civil na busca de soluções para as questões ambientais. No Governo Lúcio Alcântara foi criada a Secretaria da Ouvidoria e Meio Ambiente (2003). No Governo de Cid Gomes (2007), dada a transversalidade da temática, foi criado o Conpam. O governo Camilo Santana, a meu ver, corretamente, criou a Secretaria do Meio Ambiente – Sema, órgão da

Administração Direta, subordinada diretamente ao Chefe do Poder Executivo — criada por força da Lei nº 15.773, de 10 de março de 2015, que marcou a extinção do Conselho de Políticas e Gestão do Meio Ambiente – Conpam e criou a Sema estabelecendo a vinculação da Semace à Sema.

Como forma de proporcionar uma maior transparência, nas decisões referentes às questões ambientais, foi mantido o Coema, órgão colegiado, com ampla representação dos setores públicos, privados e da sociedade civil organizada.

São as instituições públicas do Ceará que compõem o Sistema Estadual de Meio Ambiente, na qualidade de órgãos seccionais do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama.

## **2. NOSSA RESPONSABILIDADE**

Temos a responsabilidade em garantir o Desenvolvimento Sustentável no Ceará, através do fortalecimento da Política Ambiental e a integração com as demais políticas públicas setoriais do Estado e dos Municípios, em parceria com a iniciativa privada e a sociedade civil organizada. A Sema, por determinação do Governador, tem a missão de dialogar com os ambientalistas, universidades e com todos aqueles que têm a preocupação de buscar uma política de desenvolvimento sustentável para o estado do Ceará.

## **3. NOSSAS COMPETÊNCIAS**

A educação ambiental, na nossa gestão, é considerada uma das mais importantes ações, já que tem como premissa sensibilizar e conscientizar a população quanto aos problemas ambientais, a necessidade de preservação, conservação e melhoria do nosso meio. É um processo de transmissão de conhecimentos, valores, habilidades e experiências para tornar os indivíduos aptos a agir, exercer a sua cidadania, resolver e procurar soluções para problemas ambientais atuais e futuros. O desenvolvimento de uma consciência crítica, que permita a construção coletiva de uma alternativa de sustentabilidade ambiental, é o nosso foco principal, além de contribuir para formação da cidadania e apropriação social dos recursos naturais.

Queremos estimular a solidariedade e a cooperação entre o Estado, os municípios e a sociedade. Para tal, a Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Ceará, por via da Coordenadoria de Educação Ambiental e Articulação Ambiental (COEAS), oferece cursos de capacitação e aprimoramento profissional para agentes multiplicadores, professores e agricultores. Os cursos, ofertados pela COEAS, buscam sensibilizar, por via da construção de uma consciência ambiental, uma nova interpretação das práticas cotidianas do seu público-alvo, nos diferentes segmentos da sociedade.

A esfera administrativa do Estado, bem como dos municípios, também é abarcada por programas de educação; entre eles, é possível destacar a implantação da Agenda Ambiental na Administração Pública, conhecida como A3P. Tal programa visa combater e promover o uso racional de recursos, promovendo a inserção de uma perspectiva sustentável, dentro do modus operandi do funcionalismo público.

Entre as ações da coordenadoria em questão, é possível ressaltar a construção de um calendário de eventos que busca contemplar datas comemorativas ligadas à pauta ambiental. Entre os eventos contemplados pelo calendário ambiental, podemos citar: a Festa Anual das Árvores, Semana Nacional do Meio Ambiente, Campanha Praia Limpa e Dia Nacional de Limpeza de Praias, Rios, Lagos e Lagoas. Todos os eventos buscam integrar a sociedade civil em diferentes aspectos, que vão desde campanhas de conscientização até à formação de ações coletivas em conjunto com a comunidade.

### **3.1. Conservar a Biodiversidade**

A conservação da Biodiversidade representa garantir a integridade dos recursos naturais e culturais por meio de uma gestão compartilhada das áreas especialmente protegidas. Desenvolver ações de florestamento, reflorestamento e de recuperação de áreas degradadas. Nós temos 24 Unidades de Conservação Estaduais (UC's). É importante salientar que tal número não é fixo, tendo em vista que o número de áreas preservadas pode, e deve ser expandido. Por meio da Coordenadoria de Biodiversidade estamos elaborando editais de chamamento público com o intuito de incentivar, entre outras práticas, a criação de novas Unidades de Conservação Municipais. As propostas aprovadas receberão todos os subsídios, técnicos e legais, para a criação de novas áreas de

conservação. Podemos citar, dentre eles, estudos de Fauna, Flora, Topográficos, Socioambientais, Desenvolvimento de Mapas Temáticos, Zoneamento Ambiental, entre outros.

A coordenadoria não atua apenas na criação das UC's, mas também na gestão efetiva das áreas e dos recursos naturais compreendidos dentro das poligonais fixas, citadas nos decretos de criação das mesmas. Entre as ações de gestão das UC's, podemos ressaltar o monitoramento constante dos gestores, responsáveis legais pelo gerenciamento das áreas, bem como do entorno das unidades (zonas de amortecimento) em virtude de coibir ações antrópicas degradadoras.

Dentre as 24 Unidades de Conservação Estaduais, uma delas é bastante conhecida: a do Parque do Cocó. Estamos trabalhando para conseguir a sua regulamentação. É um sonho que já tem 40 anos de espera. Recordo-me de quando adolescente, já fazia mobilização para a preservação dessa floresta, dentro de Fortaleza. A secretaria criou um Grupo de Trabalho, do qual constam instituições do Governo Federal, Estadual e Municipal e já estamos com duas propostas de áreas de proteção do Parque do Cocó, as quais serão entregues ao governador Camilo Santana (PT) brevemente. Os projetos estão sendo finalizados, e caberá ao governador e ao prefeito de Fortaleza, Roberto Cláudio, decidirem qual das proposições é viável para a delimitação da Unidade de Conservação.

### **3.2. Implementar Políticas Ambientais**

Criar e incentivar práticas sustentáveis que permitam o desenvolvimento das atividades econômicas, de acordo com os princípios de proteção dos recursos naturais, culturais e sociais. Elaborar instrumentos norteadores da Política de Resíduos Sólidos, apoiando sua implementação. Tenho dito que o problema dos Resíduos Sólidos é o mais difícil de resolver, mas não é impossível. Queremos fortalecer a gestão ambiental municipal, integrando-a ao Sistema Estadual de Meio Ambiente.

Elaboramos o Plano Estadual de Resíduos Sólidos – PERS/CE. Este Projeto se constitui como uma ferramenta indispensável à execução da Política Estadual de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, dada à necessidade de apoiar e fortalecer os municípios em suas ações de gestão, na implementação da referida política.

O Plano Estadual abrangerá todo o território do estado do Ceará, para um horizonte de vinte anos, com revisões a cada quatro anos, observando o conteúdo

mínimo definido pelo Art. 17 da Lei nº. 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Além disso, o Plano deve estar em consonância, principalmente, com os objetivos e as diretrizes dos planos plurianuais (PPA), de saneamento básico e com a legislação ambiental, de saúde e de educação ambiental, dentre outras.

Além do Plano Estadual, dos seminários e oficinas regionais realizadas com os gestores municipais e sociedade civil, foram elaborados os seguintes produtos: 1) Panorama Estadual de Resíduos Sólidos; 2) Cadernos Temáticos de Resíduos Sólidos; 3) Cenários de Referência.

Estamos desenvolvendo um projeto-piloto, cuja proposta faz parte de uma parceria entre os Municípios de Beberibe, Cascavel e Pindoretama, que formam o consórcio Comares – UCV Cascavel, Secretaria das Cidades, Instituto de Desenvolvimento Institucional das Cidades do Ceará (IDECI) e Secretaria do Meio Ambiente (Sema), na qual são apresentadas ações imediatas, a serem implantadas pelos municípios, para iniciar a remediação dos ambientes contaminados e implantar sistemas para a coleta seletiva e disposição final, ambientalmente adequada dos rejeitos.

Para execução destas ações imediatas, foi inicialmente realizada reunião com os gestores das três prefeituras, visita de campo das equipes técnicas da Secretaria das Cidades e SEMA, com acompanhamento dos técnicos dos Municípios, além de intercâmbio documental. Os documentos foram analisados e discutidos entre as equipes técnicas das duas secretarias, com participação do IDECI, resultando em uma proposta de ações. Desta forma, as ações propostas têm como base as seguintes premissas:

- Implantação imediata de ações relacionadas com a PNRS, de grande amplitude social e com resultados visíveis para o biênio 2015–2016;
- Ação coordenada entre governo do estado (SEMA e SCIDADES/ IDECE), municípios e consórcio de resíduos;
- Integração das ações planejadas, com medidas de longo prazo, tais como a implantação dos aterros sanitários;
- Ações de baixo custo realizadas por meio de parcerias entre os setores públicos e privado, bem como integradas com diversos outros programas em andamento do governo do Estado (Procatadores, projetos com o Banco Mundial).

Cabe ainda ressaltar que estas ações fazem parte do conjunto de obrigações da gestão integrada de resíduos sólidos, as quais devem funcionar com mais eficiência — independente da construção dos aterros sanitários consorciados — e que são capazes de dar respostas apropriadas à cobrança dos órgãos de controle e fiscalização, bem como da sociedade civil.

A Sema também irá elaborar em 2016, os Planos Regionais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PRGIRS) de 11(Onze) Regiões do estado do Ceará: Metropolitana de Fortaleza — A, Metropolitana de Fortaleza — B, Litoral Oeste, Litoral Norte, Litoral Leste, Sertão Centro Sul, Sertão Central, Sertão Norte, Maciço de Baturité, Médio Jaguaribe, e Cariri. Segundo Decreto nº. 7404/2010, em seu art. 52: “Os Municípios que optarem por soluções consorciadas intermunicipais, para gestão dos resíduos sólidos, estão dispensados da elaboração do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, desde que o plano intermunicipal atenda ao conteúdo mínimo, previsto no art. 19 da Lei nº 12.305, de 2010”.

No ano de 2012, foram elaborados Planos Regionalizados de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos dos 25 municípios inseridos na Bacia do Parnaíba que, devido ajustes no Plano de Trabalho, resultou em três Planos Regionais.

Anualmente, a Sema avalia os municípios para repartição de 2% do ICMS. Trata-se do ICMS Ecológico. A filosofia do ICMS Ecológico está pautada no Princípio do Protetor-Recebedor. Segundo Ribeiro (1998, p. 2), “Aqueles que limpam, recebem, aqueles que permanecem sujando o ambiente, perdem dinheiro para os que limpam. As municipalidades que não investem em saneamento não recebem o recurso: trata-se do Princípio Poluidor-Não-Recebedor”.

Ressalte-se que, para avaliar os 5 (cinco) requisitos contidos no Decreto Estadual nº 29.881, de 31 de agosto de 2009, que altera dispositivos do Decreto nº 29.306/2008, a equipe técnica utiliza o questionário respondido, a documentação comprobatória, material fotográfico e a constatação realizada através da visita técnica, realizada em cada município avaliado.

Os dados necessários para o cálculo do Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente deverão ser disponibilizados, pela Sema, até 31 de julho de cada ano. O Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – IPECE, então, publica, por portaria, até 31 de agosto de cada ano, esses índices, que serão válidos para o ano posterior. A Secretaria da Fazenda – SEFAZ — publica no DOE, até o dia 31 de outubro do ano da apuração, os índices para distribuição do ICMS dos municípios.

Convido os cearenses para debater conosco no Fórum Estadual de Mudanças Climáticas e no Fórum de Resíduos Sólidos, onde nós estamos, neste momento, discutindo a política estadual de mudanças climáticas e o Plano de Resíduos do Estado. Eu gostaria de receber todas as contribuições para termos uma sólida lei no estado do Ceará, sobretudo as melhores práticas. Com certeza, esse encontro será de grande contribuição.

### **3.3. Realizar o Licenciamento, a Fiscalização e o Monitoramento Ambiental**

Implementar os instrumentos de proteção e uso racional dos recursos ambientais, através da concessão da licença ambiental, enquanto instrumento de planejamento e de garantia de sustentabilidade. Controlar a utilização dos recursos naturais por meio de um processo contínuo de fiscalização. Desenvolver ações permanentes de monitoramento para garantir a qualidade ambiental. Essas ações são realizadas pela Semace.

### **3.4. Executar a Política Florestal**

Controlar e proteger os recursos florestais por meio da emissão de autorizações que determinam o uso racional destes recursos. Cadastrar os consumidores de matéria prima florestal. Determinar a utilização de instrumentos de manejo sustentável. A Secretaria de Meio Ambiente vem executando o Projeto Desenvolvimento de Práticas de Manejo Florestal Sustentável na Região do Baixo Jaguaribe, no âmbito do Acordo de Cooperação Financeira FSA Caixa nº 0069.061/2012 – Caatinga com FSA Caixa Econômica. O mesmo tem como objetivo, manejar, no mínimo, 5000 ha da Caatinga por meio da implantação de 17 planos de manejo florestal de uso múltiplo e estabelecer mecanismos para promover o desenvolvimento econômico, com sustentabilidade, através de 17 Planos de Negócios implantados com base nos Planos de Manejos. Tendo como área de atuação os assentamentos rurais localizados nos municípios de: Russas, Morada Nova, Ibicuitinga, Beberibe, Ocara e Ibaretama

A implantação do Plano de Manejo nos assentamentos rurais vem beneficiando aproximadamente 461 famílias e apresenta vantagens para a região como



suprimento de energéticos florestais, pois a vegetação da caatinga é tolerante às secas, assim como apresenta a capacidade de rebroto por tocos e raízes, desse modo, assegurando que não terá risco de perda do recurso florestal por motivo de seca. Ressalta-se também, que com a implantação do Manejo Florestal haverá melhoria ambiental pela retirada da madeira, de forma adequada, preservando os recursos hídricos e solos, além de benefícios sociais, pois a dificuldade em obtenção de renda, por parte dos agricultores, torna o desenvolvimento de atividades sustentáveis uma ferramenta importante para favorecer a permanência do homem no campo, principalmente em períodos de estiagem, evitando a migração.

Esse projeto poderá contribuir para a implementação de políticas públicas relacionadas ao meio ambiente e a floresta, promovendo ainda a formação de profissionais que atenderão à demanda de mercado por prestação de serviços vinculados às atividades florestais sustentáveis na Caatinga e gerando alternativas de renda às comunidades rurais assentadas.

## **4. PROGRAMAS ESTRATÉGICOS**

Com enfoque no Eixo Temático do Estado — Ceará Sustentável, dentro do Plano Plurianual – PPA, desenvolvem-se os quatro programas da Sema/Semace e suas respectivas iniciativas.

### **4.1. Ceará consciente por natureza**

Este programa tem por objetivo estabelecer um processo contínuo de educação ambiental no Estado do Ceará, propiciando mudanças de atitudes e valores, visando uma relação harmoniosa com o meio ambiente.

- Promover ações de sensibilização da sociedade para preservação e proteção dos recursos ambientais no Ceará.
- Promover ações de qualificação voltadas à preservação e proteção dos recursos ambientais no Ceará.
- Capacitar o pessoal técnico municipal – AT.
- Implementar gestão socioambiental na administração pública (A3P).

- Promover ações específicas de educação ambiental nas Unidades de Conservação.

## **4.2. Ceará mais verde**

Com o objetivo de conservar, recuperar, ampliar e proteger a cobertura vegetal e os solos do Ceará, através desse Programa, estamos implantando o Programa de Reflorestamento que desenvolveremos nos próximos quatro anos, iniciando pelo Rio Pacoti e em Piquet Carneiro. Onde houver degradação ambiental nós faremos a recuperação, plantando nas margens dos rios. Assim, a Sema/Semace promove:

- O conhecimento sobre as espécies da fauna nativa do Ceará.
- A elaboração e publicação do inventário florestal do Estado do Ceará.
- A promoção de ações voltadas à regularização ambiental de propriedades e posses rurais – CAR (Cadastro Ambiental Rural).
- Serviços de proteção da fauna silvestre do Estado do Ceará.
- Manutenção das atividades de proteção da fauna silvestre.
- Controle dos recursos ambientais em unidades de conservação do Estado de Ceará.
- Ações de proteção dos recursos ambientais das áreas protegidas do Estado de Ceará.
- Implementação de ações de florestamento e reflorestamento de áreas degradadas.
- Estabelecimento de parâmetros de qualidade e de contenção de perdas de solo.
- Criação e implementação de Unidades de Conservação.
- Avaliação do impacto econômico da degradação ambiental.
- Avaliação Ambiental Estratégica dos programas e projetos ambientais do Estado.
- Manutenção das atividades de proteção das Unidades de Conservação.

### **4.3. O Programa Ceará no clima**

Visa minimizar os efeitos negativos das mudanças climáticas e reduzir as emissões de gases de efeito estufa, orientando e disciplinando a utilização racional dos recursos ambientais. Diante do quadro que se apresenta, de pouca chuva, por exemplo, o que o Ceará está fazendo para essa convivência? O governador Camilo Santana apresentou, logo ao assumir o executivo, o Programa Ceará Sustentável. É decisão: precisamos crescer economicamente, gerar emprego e renda, mas respeitando o meio ambiente. Isso também ajuda muito o Estado a lutar pelos 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que estão sendo apresentados pela presidente Dilma.

Assim, nós que fazemos a Secretaria do Meio Ambiente e a Semace, estamos reforçando o Fórum de Mudanças Climáticas. A questão da energia renovável é também de fundamental importância neste momento de crise. O Governador criou a Secretaria Adjunta de Energias Renováveis para promover a energia eólica e solar, diminuindo os combustíveis fósseis, os que mais promovem os gases de efeito estufa. O estado do Ceará está atraindo usinas eólicas e já conta com uma usina solar fotovoltaica. O projeto é beneficiado pelo fato de sermos um dos estados com maior insolação, além dos ventos fortes e constantes. Assim, nós estamos com:

- Implementação do monitoramento da qualidade do ar.
- Promoção de ações voltadas ao controle da poluição veicular no Estado.
- Realização de análise da qualidade dos Recursos Hídricos do Estado do Ceará.
- Realização de análise da qualidade da balneabilidade no litoral cearense.
- Eficiência energética para as indústrias ceramistas e polo gesseiro.
- Ações voltadas ao fortalecimento do Sistema de Gestão Ambiental do Estado do Ceará.
- Ações de prevenção, controle e monitoramento de queimadas e combate aos incêndios florestais.
- Elaboração da Política de pagamento por serviços ambientais.
- Implementação da política de gerenciamento costeiro.

- Recuperação de áreas degradadas, poluídas ou em processo de degradação e poluição.
- Promoção da qualidade ambiental das praias para conservação dos recursos naturais.
- Promoção da melhoria na gestão municipal do Meio Ambiente.

## **4.4 Política de Resíduos Sólidos**

Com o objetivo de reduzir os impactos negativos da disposição, inadequada, de resíduos sólidos no meio ambiente, este programa compartilha algumas iniciativas com outras secretarias do Estado.

- Apoio a implementação da coleta seletiva nos municípios.
- Apoio a ampliação do mercado de recicláveis.
- Elaboração de Planos de recuperação de áreas degradadas por lixões a céu aberto.
- Implementação da gestão integrada da política de resíduos sólidos.

## **5. NOSSAS AÇÕES ESPECÍFICAS**

- Executar a Gestão de 24 Unidades de Conservação criadas no âmbito do Estado
- Apoiar a criação de novas Unidades de Conservação Municipais e Particulares por meio de Edital de concorrência
- Certificar, com o Selo Município Verde, os municípios que implementam ações de conservação e uso sustentável dos recursos naturais em seu território.
- Certificar, com o Selo Praia Limpa, as praias dos municípios que implementam medidas efetivas de proteção e aplicabilidade dos instrumentos da Política Ambiental.

- Coordenar a elaboração dos Planos de Gestão Integrada da orla marítima.
- Avaliar e emitir relatório técnico sobre o desempenho na gestão ambiental dos municípios, visando a repartição do ICMS ambiental referente ao Índice de Qualidade Municipal-IQM.
- Realizar capacitações na área de educação ambiental e gestão ambiental.
- Executar o Licenciamento Ambiental e a fiscalização das atividades e empreendimentos de impacto regional.
- Emitir autorização ambiental para controle florestal.

## **6. COLEGIADOS**

Visando a efetiva participação da sociedade na construção e implementação da Política Ambiental do Estado, a Sema/Semace presidem, coordenam e/ou participam de várias instâncias colegiadas, dentre elas:

- Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente – ABEMA.
- Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA.
- Conselho Estadual de Meio Ambiente – COEMA.
- Fórum Cearense de Mudanças Climáticas e de Biodiversidade.
- Comitê Estadual da Reserva da Biosfera da Caatinga.
- Conselhos Gestores das Unidades de Conservação.
- Comissão Técnica Estadual da Orla – CTE.
- Comitê do Programa de Prevenção, Monitoramento, controle de queimadas e combate aos Incêndios Florestais – PREVINA.
- Comissão Interinstitucional de Educação Ambiental – CIEA.
- Comissão Técnica do Programa Selo Município Verde.

- Grupos Técnicos de Trabalhos Ambientais (GT).
- GT de Florestamento e Reflorestamento.
- GT de Resíduos Sólidos.
- GT de Agrotóxicos.
- GT da descentralização da Gestão Ambiental.
- GT de áreas protegidas.
- GT do Cocó.

## **NOSSAS SEDES**

O gabinete do secretário, secretaria executiva, assessorias, coordenadoria da biodiversidade, coordenadoria administrativa e financeira passarão a atender, em 2016, na Av. Pontes Vieira 1713 – Dionísio Torres. As coordenadorias de Educação Ambiental e Biodiversidade da Sema permanecem na Rua Oswaldo Cruz, nº 2366, bairro Dionísio Torres. A sede da Semace fica na Rua Jaime Benévolo, nº 1400, bairro de Fátima.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Decreto nº 7404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CEARÁ. Decreto Estadual nº 29.306, de 05 de junho de 2008. Dispõe sobre os critérios de apuração dos índices percentuais destinados à entrega de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS pertencente aos municípios, na forma da lei nº 12.612, de 7 de agosto de 1996, alterada pela lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.fortaleza.ce.gov.br/emlurb/decreto-ndeg-29306-de-05-de-junho-de-2008>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CEARÁ. Decreto Estadual nº 29.881, de 31 de agosto de 2009. Altera dispositivos do Decreto nº 29.306, de 5 de junho de 2008, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=122886>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CEARÁ. Lei nº 11.411, de 28 de Dezembro de 1987. Institui a Política Estadual do Meio Ambiente; cria o Conselho Estadual do Meio Ambiente – COEMA; cria a Superintendência Estadual de Meio Ambiente – Semace. Disponível em: <[http://antigo.semace.ce.gov.br/integracao/biblioteca/legislacao/conteudo\\_legislacao.asp?cd=44](http://antigo.semace.ce.gov.br/integracao/biblioteca/legislacao/conteudo_legislacao.asp?cd=44)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

CEARÁ. Lei nº 15.773, de 10 de março de 2015. Altera a Lei nº 13.875, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/87618968/doece-caderno-1-10-03-2015-pg-1>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

RIBEIRO, Maurício Andrés. **Ecologizar: pensando o ambiente humano**. Belo Horizonte: Rona, 1998.





ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO NA GESTÃO  
DOS CONFLITOS AMBIENTAIS

---

*Lídia Maria Ribas*



## INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional tem colocado a proteção do Meio Ambiente como um compromisso intergeracional e necessário ao desenvolvimento humano. Ocorre que os atuais paradigmas que envolvem o Poder Judiciário e as discussões doutrinárias, quanto à indisponibilidade dos direitos difusos, têm servido de barreiras ao alcance efetivo do referido compromisso, num tempo marcado pelo consumismo, crises econômicas e riscos ambientais.

Diante de tais discussões, o presente texto destaca a importância dos instrumentos alternativos de solução de conflitos ambientais — no atendimento às propostas de uma gestão pública sustentável — e as dificuldades práticas de se conciliar desenvolvimento socioeconômico com sustentabilidade.

As vantagens do uso alternativo à tutela do Judiciário estatal têm garantido economia, rapidez e maior qualidade técnica, sendo, inclusive, reconhecido pela comunidade internacional que os mecanismos extrajudiciais, de resolução de controvérsias, podem ser incorporados nas negociações ambientais, como pode ser notado na Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio (1985), no artigo XI; na Convenção de Basiléia (1989) sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito, no seu artigo 20; na Convenção sobre Mudança de Clima (1992), no artigo 14; e na Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), no artigo 27.

Os instrumentos alternativos extrajudiciais nas modalidades da arbitragem, conciliação, mediação, transação e, no caso brasileiro, também na modalidade dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), são perfeitamente aplicáveis às demandas ambientais e podem contribuir para a reengenharia da administração pública, com fins de desobstruir o Poder Judiciário.

Sob a ótica da imprevisibilidade, dos riscos e da complexidade que revestem os atuais conflitos ambientais, o texto se propõe a analisar a viabilidade da arbitragem e transação nas políticas públicas, para responder às necessidades ambientais e econômicas vigentes e à realidade prática internacional, brasileira e portuguesa.

A partir destas considerações preliminares, pode ser ressaltado que, não obstante a evolução e especialização das vias judiciais, a duração razoável do processo ainda é o maior obstáculo. Embora exista resistência doutrinária quanto ao uso da Arbitragem e Transação em demandas de Direito Ambiental, é possível

visualizar que tal paradigma já foi superado pelo ambiente internacional, com convenções regradas por mecanismos alternativos, em tese de soluções ambientais.

## **1. O FIM DA CULTURA DE LITIGÂNCIA COMO LIMAR DE UMA NOVA TUTELA JURISDICIONAL**

A tutela jurisdicional tem sido resguardada por vários documentos constitucionais, sendo comum que a sociedade se dirija ao Poder Judiciário para resolução de seus litígios e proteção dos direitos fundamentais, conquistados no decorrer dos séculos. A cultura de que o conflito se resolve somente com processo judicial é observada na realidade concreta dos ordenamentos jurídico-democráticos, de forma que a lógica de haver sempre um ganhador e um perdedor faz com que o Estado assuma posturas muito beligerantes, e em vez de pacificar, pode ainda contribuir no aumento das disputas entre as partes. (SCHNITMAN, 1999)

Considerando esta perspectiva, sobrepor a cultura da litigância à cultura do diálogo se faz necessário, não somente para trazer efetividade no acesso à justiça, mas também para coordenar os interesses da coletividade que possam trazer novas alternativas na pacificação das controvérsias. Ou seja, investir nos mecanismos alternativos de resolução de litígios é um dos primeiros passos rumo à conscientização de que a prestação jurisdicional, nas atuais condições, é um tanto inoperante — na real aproximação das partes interessadas — pela ausência de ganhos mútuos e soluções que preservem uma relação construtiva entre estas.

Assim sendo, embora as mudanças tecnológicas tenham trazido dinamicidade à atuação do Judiciário, exemplo dos processos virtuais que agilizaram os ritos convencionais, os entraves e formalismos burocráticos não foram superados, sendo possível detectar falhas técnicas e operacionais nos sistemas que ainda se encontram em vias de adequação com seus usuários. Vidigal de Oliveira (2008), na *Revista Online*, do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário, já ressaltava, por exemplo, que o maior problema do Poder Judiciário não seria a tramitação dos processos em si, mas na incapacidade humana em atender às proporções descomunais do número de processos por Juiz, quantidades que impedem dar vazão, seja a processo físico ou virtual.

Como o uso da tecnologia não tem surtido efeitos que diminuam, significativamente, a sobrecarga do Poder Judiciário, impõe-se ao Estado contemporâneo uma gerência jurisdicional mais estratégica e cooperativa, sendo que o caminho em prol da desburocratização pode ser observado no ritmo de descentralização administrativa trazido pelos movimentos internacionais de redemocratizar a ordem jurídica, em busca de decisões mais enlevadas de caráter participativo, local e solidário.

Castells (2003) pontua que se a estrutura do Estado for pensada como uma rede, não será difícil consagrar um funcionamento mais flexível com políticas públicas mais variáveis e informações compartilhadas. O autor chama tal estrutura de “Estado-rede”, ideal na combinação dos princípios da subsidiariedade, flexibilidade, coordenação, participação cidadã, transparência administrativa, modernização tecnológica e profissionalização.

Por outro lado, os dados estatísticos demonstram que embora as ações judiciais se findem, remanesce uma litigiosidade, fruto da não aceitação da sentença por um dos sujeitos da contenda. Nesse tom, ainda que o Judiciário tente cumprir metas que aumentem a quantidade de processos solucionados, podem existir graves violações a direitos, proporcionadas em nome de uma suposta celeridade (LUCENA FILHO, 2012).

Com sua lucidez indispensável, Boaventura de Souza Santos (1988) já expunha que a principal responsável pela superficialização da conflitualidade social, na sua expressão jurídica, era a falta de separação entre o conflito processado e o conflito real. O autor também ressalta que a estrutura processual do direito do estado capitalista deveria se condensar mais nos mecanismos alternativos de resolução de conflitos e assim haveria, de fato, inovação na política judiciária.

Sobre tais instrumentos alternativos, pode-se dizer que estes teriam as soluções das controvérsias por meio dos próprios litigantes, prevalecendo a vontade destes, de maneira que as partes realizem concessões recíprocas. Pode haver natureza de conciliação — mediante a presença de um conciliador que aconselha as partes; de mediação — mediante a presença de um mediador que intervém buscando consenso; de negociação — sem interferência de terceiros e com caráter mais informal; de transação — quando as partes transigem mediante concessões mútuas e de arbitragem — mediante a escolha, pelos litigantes, de um terceiro que impõe sua decisão, a qual deverá ser cumprida pelas partes.

As justificativas para a adoção da cultura do diálogo e de uma efetiva participação dos meios alternativos na tutela dos direitos são diversas, porém a maior razão seria o quadro de decadência da atual gestão dos conflitos no Judiciário. Tal decadência seria reflexo de uma insatisfatória institucionalização de vários setores do Estado, tendo gerado uma grave conjuntura, com descrédito até da governabilidade existente. (PASSOS, 2000)

### **1.1. Adoção dos mecanismos alternativos na pacificação dos litígios ambientais**

Os conflitos sempre fizeram parte da interação das relações humanas e têm se manifestado na colisão de interesses, valores e necessidades de cada um. Vasconcelos (2008) destaca que, embora seja contingência da condição humana, as partes numa disputa conflituosa se tratam como adversárias ou inimigas e buscam fundamentos que reforcem suas posições unilaterais, existindo bastante dificuldade quanto à percepção do interesse comum.

Referido autor pontua que os conflitos não podem ser vistos apenas sob o aspecto negativo, haja vista ser impossível que as relações interpessoais se apresentem plenamente consensuais. Nesse sentido, a consciência de que os conflitos são inerentes e inevitáveis à condição humana é salutar na construção de uma sociedade mais pacífica e capaz de desenvolver soluções autocompositivas.

Além dos conflitos humanos, é possível detectar a existência de conflitos mais abstratos — e não menos importantes — como, por exemplo, conflitos entre regras jurídicas e realidades socioculturais ou conflitos entre elementos de uma determinada reforma política e elementos culturais resistentes ao diálogo. Contribuir para a construção de consensos, nos atuais focos de conflito, requer discussões hábeis na análise das implicações políticas, sociais, econômicas, culturais e ambientais, presentes hoje no processo de resolução de controvérsias.

Nesse cenário contemporâneo, pode-se dizer que os conflitos ambientais surgiram como expressão da disputa entre o controle e uso dos recursos naturais. Ernandorena (2010) destaca que o conflito ambiental pode ser entendido, também, como resultado de uma pretensão à exploração de um bem ambiental, surgido no momento em que outrem busca impedir ou regulamentar essa iniciativa.

Após as crises do final do século XX, que atingiram os Estados contemporâneos, nota-se que os modelos de exploração econômica começaram a ser questionados, devido a influência da atuação destes nos conflitos sociais, e por consequência, na espécie de conflitos ambientais.

Os conflitos ambientais, por serem multilaterais e intergeracionais, estão sempre a estimular o uso dos meios alternativos de solução de controvérsias, por abordarem questões científicas e técnicas que requerem maior embasamento no julgamento de decisões e negociação com as partes — sejam estas partes tidas como empreendedores, organismos públicos, pequenos produtores rurais ou cidadãos comuns.

A cultura do diálogo, em matéria ambiental, ainda não se desenvolveu satisfatoriamente na maioria das sociedades contemporâneas, provavelmente pela falta de fóruns próprios voltados para a mediação, conciliação, transação, negociação e arbitragem que tenham por objeto o patrimônio ambiental. Nesse aspecto, as demandas que surgem acabam sendo judicializadas e transformadas em ações civis públicas, sob a lógica da reparação e não da prevenção, tal como seria com os meios alternativos.

## **2. APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM E TRANSAÇÃO NO PANORAMA JURÍDICO—AMBIENTAL**

A delegação da função estatal de dirimir conflitos ao Poder Judiciário pode incorrer no não reconhecimento da autonomia dos cidadãos e fazer com que as demandas ambientais sigam processadas neste sistema de coação — um tanto ineficaz na solução das condutas mais complexas e imprevisíveis, em razão especial da morosidade que o atravessa.

Assim, as intensas divergências que envolvem os temas do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável têm provocado, nas políticas públicas legislativas, maior abertura com a aplicação da arbitragem e transação em questões de direitos difusos, tidos pela doutrina ortodoxa como indisponíveis e não sujeitos à transação. Porém, conforme será analisado, as interpretações têm se flexibilizado — pela assunção dos benefícios dos mecanismos alternativos — no combate à morosidade da prestação jurisdicional tradicional e na busca pela efetividade do acesso à Justiça.

## **2.1. Análise empírica e jurisprudencial da arbitragem e transação ambientais**

Originariamente, pode-se dizer que os interesses ambientais, por pertencerem à coletividade, não poderiam ser transacionados ou decididos por meio arbitral. No entanto, é unânime entre a comunidade jurídica internacional que a lentidão das ações judiciais ambientais tem trazido outras problemáticas, com riscos que demandam avaliação multidisciplinar e aproximação das entidades direta ou indiretamente envolvidas.

Conforme ressaltado no Fórum Global sobre o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Ambiental, patrocinado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Meio Ambiente era assunto discreto na agenda político-econômica, porém a necessidade de proteger os recursos ambientais ganhou prioridade nas Administrações Públicas. Esta compreensão recente se aglutina em torno dos desafios particulares de todos os tribunais internacionais que se veem diante da resolução de litígios com componente ambiental. (OCDE, 2008)

O tema da arbitragem nas questões ambientais já fora tratado pelo Tribunal Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental (ICEAC – *International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*), estabelecido na cidade do México em 1994 e que atualmente possui sede em San Sebastian, País Basco, Espanha, tendo por escopo oferecer às Instituições Públicas e Privadas (inclusive organizações de conservação da natureza) as modalidades alternativas da arbitragem e da conciliação.

Outro exemplo de possibilidades arbitrais às questões ambientais tem sido observado pelo Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA), criado na Convenção de Haia de 1899, para a solução pacífica dos conflitos internacionais. Referida organização internacional com sede em Haia, nos Países Baixos, tem adotado desde 2001, possibilidades de arbitragem em disputas ambientais.

A aproximação entre os direitos humanos e as questões ambientais, na sede dos tribunais internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comissão Europeia, Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, entre outros) ficou mais evidente no final do século XX, com casos que repercutiram na mudança de condutas *erga omnes*, a exemplo da falta de licença de importação de mais de 6.000 (seis mil) peles de gatos selvagens



da Bolívia pela França em 1990; da exploração das florestas nicaraguenses, ocupadas por índios *Awás Tingni*, pela empresa *Sol del Caribe S/A* em 1998; da violação dos direitos do jornal *Bladet Tromsø e Stensaas*, que publicou matérias sobre caça às focas, pelo governo da Noruega em 1999; a degradação ambiental com disposição inadequada de resíduos tóxicos no solo e contaminação dos cursos de água devido à exploração de petróleo pela Nigéria em 2001; e os danos aos pássaros selvagens da região da Lombardia, pela Itália em 2006 (FONSECA, 2010).

Com efeito, no plano jurisprudencial, em abril de 2002, houve um peculiar caso de solução entre conflito da entrada de produtos fitossanitários argentinos (utilizados no combate a pragas em plantações) no Brasil, sendo resolvido pelo método da Arbitragem, pelo Tribunal de Justiça Arbitral do MERCOSUL (TJAM, 2015).

Na esfera brasileira, tem-se em 1996, a aprovação da Lei de Arbitragem que não ofereceu muita abertura para dirimir litígios que envolvessem a proteção do Meio Ambiente, haja vista ter oferecido o instrumento apenas para conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não sendo integrado o rol dos interesses difusos. Nesse sentido, o Judiciário brasileiro tem se utilizado de uma maneira alternativa a sentenciar as Ações Cíveis Públicas, qual seja, a aprovação do mecanismo denominado “Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)”, pelo Ministério Público, com objetivo de antecipar os resultados de um provável acordo convencionado pelos litigantes. Os TACs têm sido celebrados não só no ambiente extrajudicial, como também nas transações judiciais e cada vez mais tem sido reconhecido como eficaz nas soluções extrajudiciais de cunho ambiental. Não obstante, a maior desvantagem do TAC seria, em termos de efetiva solução do conflito, ter a matéria novamente processada nas vias judiciárias.

Interessa ressaltar que as convenções internacionais que propõem o uso da arbitragem em matéria ambiental são solenemente respeitadas no plano jurídico interno, porém no tratamento de suas leis, o Brasil acaba por trazer à tona a questão da indisponibilidade dos direitos difusos. Permitir o relacionamento entre os tratados internacionais e as leis internas pode harmonizar os posicionamentos jurídicos e permitir troca de experiências mais sólidas e adaptadas às necessidades contemporâneas. (ANTUNES, 2003).

Com relação às hipóteses de transação em matéria ambiental, no Brasil, analisa-se que os Juízos especializados têm acumulado atribuições cíveis e

penais nesta área, tendo garantido maior celeridade na prestação jurisdicional. Nesse aspecto, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispôs sobre sanções administrativas, penais e civis, dirigidas às condutas e atividades que lesionam o meio ambiente, previu o instituto da transação penal em matéria ambiental, no seu artigo 27. Referida transação seria aplicada em crimes de menor potencial ofensivo, sendo que o agente do fato, em vez de ser processado criminalmente, pode aceitar uma pena restritiva de direito ou multa oferecida pelo Ministério Público, e assim permanecer como réu primário e portador de bons antecedentes.

Importa ressaltar que a transação penal foi prevista no Brasil por meio da Lei nº 9.099/95, e a jurisprudência pátria tem decidido pelo trancamento de ações penais instauradas em face de autores com transação penal estabelecida — HC 84976/SP, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto, em setembro de 2005.

Também como precedente da aplicabilidade da transação a crimes ambientais, em abril de 2001, julgamento no Tribunal de Alçada Criminal (TACrim) de São Paulo, no processo HC 382230/8, de relatoria do ministro René Nunes, que decidiu como necessária a aplicação do instituto previsto no art. 76 da Lei 9.099/95, ao acusado do crime do art. 60 da Lei 9.605/98, pois a própria lei previa a possibilidade de transação penal, nos termos do referido dispositivo da lei dos juizados especiais criminais.

A fim de ilustrar mais o entendimento da competência para processar a transação em caso de crimes ambientais, cumpre ressaltar que, em março de 2003, ao julgar o Recurso Extraordinário, no processo RE 349191/TO, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, foi analisado que não se configura a competência da justiça federal para processar delito ocorrido em propriedade privada — com danos ao cerrado sem autorização do IBAMA (Autarquia federal) — nos termos do art. 109, da Constituição Federal, pois o interesse da União, no caso, havia se manifestado de forma genérica ou indireta.

O Superior Tribunal de Justiça ainda, no processo STJ — HC 14957 SP 2000/0123578-8 (STJ), em 2002, ressaltou que a sentença homologatória da transação penal tem natureza jurídica condenatória e faz lei entre as partes. Dessa forma, se o paciente se obrigou à reparação de toda a área danificada, no acordo celebrado quando da transação penal homologada, restou descabido o pedido de reparação parcial pelos danos ambientais causados.

Publicado em 2006, o julgamento do processo TRF-5 — HC 2372 PE 0004993-03.2006.4.05.0000 (TRF-5), analisou que a sentença homologatória

da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo a instauração da ação penal, ainda que tenha havido descumprimento do acordo pelo autor do fato.

Ainda, o relator Ericson Maranhão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Processo Ap. n. 1120533/7 — Taubaté — 8ª Câm. — 26.11.98) ponderou que em se tratando de decisão que homologa transação penal, nos termos do art. 76, Lei n. 9.099/95, o não pagamento da pena de multa, pelo autor do fato, impede que seja declarada extinta sua punibilidade, mas não tem o condão de autorizar o Ministério Público a propor a ação penal, que restou impedida a partir do momento que já houve consenso entre as partes.

Outro precedente relativo à legitimidade das partes decorreu da ação civil pública interposta pelo Ministério Público e pela União dos defensores da Terra (OIKOS), em face de diversas indústrias que poluíam a região, e ao ter a ilegitimidade invocada pelas rés em sede preliminar, pelo fato da inicial não especificar a conduta de cada uma, teve a preliminar rejeitada. Mesmo com recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo e recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a possibilidade de adicionar diferentes pessoas acusadas de dano ambiental, mesmo sem saber a específica responsabilidade de cada uma.

Alterando o foco nacional para o ambiente legislativo português, pode ser afirmado que o país lusitano também já adaptou seu ordenamento à possibilidade arbitral nas questões ambientais. O decreto-lei nº 109/94, de 26 de abril, no seu artigo 7º, trouxe nova regulação referente à atividade de prospecção e exploração petrolífera, com objetivo de tornar o país mais atrativo a investimentos estrangeiros nessa área. Além disso, o supracitado decreto-lei, ao compatibilizar a atividade petrolífera à arbitragem, demonstrou preocupação com a integridade ambiental do país.

Ainda no tocante ao sistema normativo de Portugal, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos — aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, e alterada pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro, também previu a arbitragem em questões que envolvessem atos administrativos, sendo possível o uso do referido mecanismo alternativo em questões de descumprimento de obrigações ambientais.

Gomes (2014) destaca que os tribunais arbitrais de Portugal ainda não estariam preparados para lidar com relações que envolvem números substanciais de sujeitos (ativos e passivos), principalmente maior que o conjunto de sujeitos que pedem a

constituição do tribunal arbitral. A doutrina ainda resiste aduzindo que os custos podem ser altos, pois muitos dos árbitros possuem honorários altos devido à especialidade técnica. Do ponto de vista patrimonial, a referida autora menciona que as partes podem determinar o julgamento segundo regras de equidade, o que pode implicar o afastamento de normas de proteção ambiental, em regras imperativas enquanto sustentáculo de interesses coletivos-individualmente indisponíveis e comunitariamente vitais — logo, de aplicação não transacionável.

A referida autora também destaca que a revisão da Lei portuguesa da Arbitragem, pode trazer a hipótese de arbitragem no ambiente administrativo, por qualquer pessoa, independentemente de ter interesse pessoal na demanda — bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir — nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida e patrimônio cultural.

Ao comentar o projeto da nova lei de arbitragem, Júdice (2009) já reiterava que a inovação legislativa se dava na opção da “patrimonialidade” do interesse em vez de disponibilidade ou transigibilidade, (ainda que este último critério subsista de forma subsidiária). Assim, os danos e crimes ambientais estariam abrangidos nas hipóteses de arbitragem como solução alternativa.

Nesse tom, está em funcionamento desde 21 de Fevereiro de 2010, em Portugal, o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), criado pelo Despacho 5097/2009, de 12 de Fevereiro, e embora tenha se ocupado em realizar arbitragem, majoritariamente em litígios relativos a contratos administrativos e funcionalismo público, há posicionamentos de que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos pode admitir que casos de responsabilidade civil extracontratual, das entidades públicas por dano ecológico, são arbitráveis com base na alínea b) do n.º 1, do artigo 180.º do texto legal.

Em sede jurisprudencial, observa-se que os meios alternativos da Arbitragem e Transação, em sede ambiental, são aclamados pela vanguarda doutrinária, não somente pelo fato de dispensar a instauração do processo, mas também por oferecer características técnicas, legais e sociais com alto grau de equidade jurídica intergeracional. É importante ressaltar que ambos os mecanismos se desenvolvem com obediência aos princípios do estado democrático de direito, com celeridade ímpar e em prol do bem ambiental coletivo, trazendo benefícios de caráter preventivo às políticas públicas jurisdicionais.

### **3. IMPACTOS DO MEIO AMBIENTE NO DIREITO INTERGERACIONAL**

A questão da equidade intergeracional já fora estudada pela brilhante autora Edith Brown Weiss, na sua obra de 1993 intitulada *Justice pour les Générations*, que reverberou as obrigações morais para com as gerações futuras, sendo preciso impor às normas jurídicas o cuidado em transmitir às gerações que virão. As normas jurídicas, portanto, devem considerar que os direitos dizem respeito à herança de um ambiente em bom estado de conservação, tanto em qualidade quanto em diversidade.

Desde a Declaração de Estocolmo de 1972, em seu segundo princípio, pondera-se que o uso dos recursos naturais — sendo estes relativos ao ar, água, terra, flora e fauna e, particularmente, relativos às amostras representativas dos ecossistemas naturais, deve ser preservado no interesse das gerações presentes e futuras, segundo um planejamento ou gestão cuidadosa conforme as necessidades.

Percebe-se que o princípio da equidade intergeracional tem sido destacado nos textos constitucionais com forte caráter axiológico devido às urgências das matérias ambientais. Nesse sentido, estabelecer elo de solidariedade e de ética ambiental entre os países, pode proporcionar qualidade de vida e compromisso no processo de equidade intergeracional. (WOLKMER; LEONARDELLI, 2013)

Quanto às atuais ingerências nas soberanias nacionais, Wolff (2004) pontua que a falta de atenção quanto aos critérios do Desenvolvimento Sustentável pode ser reconhecida como fator de fragilidade, sendo preciso que as políticas públicas compreendam as razões do direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, ser visto direito intergeracional, suas afinidades e finalidades de reconciliação, ajuda mútua, divisão da riqueza e promoção da justiça entre gerações.

Referida autora leciona que os progressos éticos e jurídicos em relação à proteção da natureza e dos elementos naturais, ainda tem sido apenas uma visão quimérica do mundo. Pensar sob a ótica conservacionista, também não seria renunciar à tecnologia ou à ciência, mas em proteger os direitos fundamentais sem colocar em perigo nossa própria existência.

Sob as premissas ora ponderadas, urge destacar que avaliar os atuais instrumentos de solução de litígios não seria somente um ajuste aos interesses coletivos atuais, mas também pensar no futuro da humanidade que pode sofrer impactos ambientais muito mais sérios do que as gerações contemporâneas. A proteção da natureza tem sido objeto de convenções internacionais desde meados de século XX, momento no qual a comunidade jurídica despertou para a correlação entre solidariedade e desenvolvimento político-econômico.

### **3.1. Possibilidades de cooperação e solidariedade internacionais**

O cerne dos problemas ambientais pode ser enxergado na forma com que os Estados têm buscado progresso econômico a qualquer custo. A globalização também tem sido fator de negligência no uso racional das matérias primas, sendo fácil detectar comportamentos negativos nos principais agentes de expansão e difusão das economias contemporâneas.

A consciência de que a biodiversidade se distribui desigualmente entre os países requer maior cooperação e solidariedade internacionais, com objetivo de resguardar o Meio Ambiente como patrimônio comum da humanidade. Nesse sentido, observa-se que os países mais desenvolvidos têm solicitado ajuda dos países em desenvolvimento, pelo fato destes serem detentores de rica diversidade genética e biológica, com a aprovação de diversas convenções que evoquem responsabilidade compartilhada na busca pelo Desenvolvimento Sustentável.

Nesse sentido, Wolff (2004) considera que embora os países desenvolvidos possuam um ativo econômico invejável, estes carregam um pesado e negativo passivo ecológico, estigmatizados por dejetos perigosos, tóxicos e radioativos acumulados em depósitos, comprometimento das florestas, rios e lagos intoxicados, solos esgotados, excessiva produção de gases nocivos, de forma a sofrer com chuvas ácidas e, contribuindo no âmbito global para a redução da camada de ozônio e aquecimento do clima.

Por tais razões, é fundamental que os mecanismos tradicionais de cooperação intergovernamental se harmonizem com a variedade dos sistemas legislativos, sob análise dos custos fiscais em matéria de meio ambiente e dos efeitos nefastos do consumismo da atual geração. Os mecanismos da arbitragem e

transação, com esse panorama descrito, em muito podem contribuir como pilar de vanguarda, no sentimento de solidariedade entre as nações, sendo a gestão pública não somente sustentável sob o aspecto ambiental, fiscal e econômico, mas também sob o viés da solidariedade e cooperação internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos princípios basilares do Direito Ambiental de prevenção e a reparação do dano de forma mais célere e efetiva possível, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da crise do Judiciário e das condutas alternativas do Estado cumprirem sua função jurisdicional, confirmam as vantagens da Arbitragem e Transação em matéria ambiental.

Diante dos conceitos sobre conflitos e as questões da indisponibilidade dos direitos difusos, fica demonstrado que a solução consensual e alternativa ao Poder Judiciário não somente diminui a sobrecarga do ente público, como contribui para o Desenvolvimento Sustentável e na efetividade do acesso à Justiça, eis que preconiza o interesse da coletividade.

Na ordem jurídica internacional, há maior aplicabilidade da arbitragem e transação ambientais nas convenções e declarações realizadas com objetivos de preservação dos recursos naturais e sensibilização das gerações presentes sobre os reflexos dos danos ambientais nas gerações futuras. Tal abertura aos mecanismos alternativos se deu pela celeridade e maior participação dos governantes nas decisões que buscam Desenvolvimento Sustentável.

Na ordem jurídica brasileira e portuguesa, porém, ainda há necessidade de enquadrar os institutos no cotidiano dos tribunais e órgãos públicos — mais procurados na solução de controvérsias ambientais, a fim de se repensar o modelo clássico coercitivo e contribuir para a autonomia das esferas administrativas e extrajudiciais.

Sem pôr em risco as garantias constitucionais, analisou-se que com a interpretação jurisprudencial mais favorável ao uso de arbitragem e conciliação, será possível aperfeiçoamento de tais institutos, de modo a atender todos os litígios — inclusive os que exigem alto grau de especialidade para entendimento.

O Poder Judiciário, no Brasil e em Portugal, por meio de seus tribunais e juízes, tem se sensibilizado mais para as questões de dano ambiental, conforme

decisões ora expostas, que demonstram a preocupação em dar celeridade aos processos, a fim de revisar suas leis, reconhecer as vantagens da arbitragem e da transação e contribuir com efetivo ressarcimento de eventuais danos causados.

Como mecanismos de respostas satisfatórias aos conflitos, a Arbitragem e Transação se apresentaram como medidas capazes de alterar a cultura da litigância mais apropriada e célere às necessidades atuais que dependem de efetiva justiça socioambiental. Os referidos instrumentos não somente destacam o princípio da celeridade e da supremacia da vontade das partes, como também se constituem em fatores de mudança na prevenção dos litígios do Meio Ambiente, e em busca do direcionamento das políticas públicas em prol da cooperação e solidariedade internacionais.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Matéria ambiental não é indisponível para fins de arbitragem. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2003. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2003-nov-15/materia\\_ambiental\\_ao\\_indisponivel\\_fins\\_arbitragem](http://www.conjur.com.br/2003-nov-15/materia_ambiental_ao_indisponivel_fins_arbitragem)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BROWN WEISS, Edith. **Justice pour les Générations Futures**. Paris: Editions Sang de la Terre, p. 615–627, 1993.

CASTELLS, Manoel. **A sociedade em rede**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

ERNANDORENA, Paulo Renato. **Mediação Ambiental: Uma Teoria Pós-Moderna de Gestão de Conflitos Sociais**. 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/media%C3%A7%C3%A3o-ambiental-uma-teoria-p%C3%B3s-moderna-de-gest%C3%A3o-de-conflitos-sociais-0>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. Notas e Reflexões sobre a Jurisprudência Internacional em Matéria Ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. **Revista Ambiente & Sociedade**, v. XIII, n. 2, p. 243–259, jul. /dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v13n2/v13n2a03.pdf>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.



GOMES, Carla Amado. Mediação e arbitragem administrativa e direito do ambiente: qualquer semelhança é mera coincidência? **Revista da Faculdade de Direito**, n. 42, n. 2, p. 204–223, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29037>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

JÚDICE, José Miguel. **O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal**. Disponível em: <[http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/01\\_Artigos\\_JMJ/O\\_Projecto\\_de\\_Nova\\_Lei\\_de\\_Arbitragem\\_Voluntaria\\_em\\_Portugal.pdf](http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/O_Projecto_de_Nova_Lei_de_Arbitragem_Voluntaria_em_Portugal.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2015.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A Constitucionalização da Solução Pacífica de Conflitos na Ordem Jurídica de 1988**. Disponível em: <[http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/13943/1/HumbertoLLF\\_DISSERT.pdf](http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/13943/1/HumbertoLLF_DISSERT.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2015.

OCDE–ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Global Forum on International Investment: Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunal and the Progressive Development of International Environmental Law**. Março de 2008. Disponível: <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In Schnitman, Dora Fried; Littlejohn, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 17–28.

TJAM – TRIBUNAL DE JUSTIÇA ARBITRAL DO MERCOSUL. **Site oficial**. Disponível em: <<http://www.tjammercosul.org/tjam/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VIDIGAL DE OLIVEIRA, Alexandre. **Efetividade da Justiça através do Processo Civil**. Processo Virtual e Morosidade Real. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=57>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

WOLFF, Simone. Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade. **Revista Jurídica Virtual**, v. 6, n. 67, dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_67/artigos/Art\\_Simone.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/artigos/Art_Simone.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; LEONARDELLI, Pavlova Perizzollo. O princípio da equidade integracional no direito ambiental e a busca de uma ética da vida. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, jan. /abr. 2013. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica-ISSN1980-779](http://www.univali.br/direitoepolitica-ISSN1980-779)>. Acesso em: 15 ago. 2015.

A FUNÇÃO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE:  
NOTAS E REFLEXÕES

---

*Luciana Costa Poli*



## INTRODUÇÃO

A funcionalização dos institutos de direito civil é visível com a adoção de cláusulas gerais, pelo Código Civil de 2002, que claramente tiveram inspiração nos valores e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Da autonomia da vontade, marca do Estado Liberal, passa-se ao conceito de autonomia privada. A liberdade do indivíduo passa a sofrer diversas limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. O direito civil agora é palco para que os atores individuais atuem em prol de interesses outros, que são meramente alcançar a finalidade egoística de satisfação de seus interesses.

A função social, segundo a concepção que se apresentará, preconiza, sobretudo, que as obrigações oriundas dos contratos e os institutos de direito civil valem não apenas porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também porque interessa à sociedade a tutela das situações jurídicas geradas. A liberdade, na acepção atual, passa a ser compreendida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo a faculdade de utilizar-se dos institutos do direito civil, impõe-lhe, o ordenamento jurídico, o dever de fazê-lo, de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido. Impõe às partes o dever de perseguir, não apenas seus próprios interesses, mas ainda interesses socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica.

Assim, procurar-se-á demonstrar que o entrelaçamento entre o desenvolvimento sustentável e os institutos civilísticos hão de revelar-se como instrumento útil a fomentar relações saudáveis e úteis entre indivíduo e meio ambiente. Relações que devem se estreitar principalmente se considerarmos a responsabilidade que temos com as gerações futuras.

### 1. SUSTENTABILIDADE: IMPACTOS NO UNIVERSO JURÍDICO

Percebe-se um processo de ecodemocratização do espaço discursivo. Há uma sensibilização do meio político e jurídico às questões ambientais, daí a nomenclatura Estado Democrático Ambiental (LEITE; FERREIRA, 2004), como um resultado da ecologização das estruturas fundantes de todo o sistema

de direito — que procura alinhar-se aos movimentos ecológicos provocados pela violência destrutiva da sociedade Industrial — e posteriormente, pela denominada Sociedade de Risco (BECK, 2002). Nesse cenário, a inserção constitucional da tutela ambiental e a preocupação com as gerações futuras impõem uma nova, e complexa, função de todo o sistema de direito.

Destaque para a responsabilidade civil, por exemplo, como um importante elemento operacional sistêmico que — para além de funcionar como termômetro das condições estruturais do próprio Direito — atua de forma direta como integrado entre a problemática ambiental e os riscos ecológicos e o cidadão. Este instituto, dentre outros, apresenta uma capacidade singular e especial de atuação, como uma mola intersistêmica, que perpassa do sentido eminentemente jurídico (reparação de danos e indenizações) ao econômico (internalização de custos de contaminação e de prevenção) e ainda orienta-se ecologicamente (abertura cognitiva).

Talvez o direito ainda não tenha experimentado tamanha complexidade. São incontáveis os padrões interpretativos que se formam, pela composição intersistêmica necessária à compreensão e resolução das questões ecológicas. Formam-se assim, novos e inusitados programas de decisão jurídica que desencadeiam uma rede de expectativas.

A ciência jurídica, proveniente do racionalismo cientificista moderno, encontra-se fundada sobre conceitos (verdades abstratas, inegabilidades) que buscam atingir uma pureza monológica, construída em ficções operacionais tais como segurança e certeza jurídica, confrontadas com os novos desafios sociais contemporâneos, desafiam o intérprete (GIDDENS, 1991). O Direito terá de fomentar decisões para lidar com relações eco-complexas.

A chamada ecologização do Direito deve fomentar a potencialização de um processo evolutivo, orientado aos interesses das futuras gerações, a possibilitar a abertura a valores ecológicos, representados juridicamente pelo enraizamento de interesses transindividuais e das futuras gerações.

## **2. FUNÇÃO SOCIAL E DIREITO CIVIL: DIÁLOGO NECESSÁRIO**

Na nossa concepção, a função social preconiza que, de forma geral, as obrigações e institutos do direito civil não de enraizar-se em interesses supra

individuais, já que interessa à sociedade a tutela das situações jurídicas ou não objetivamente geradas e ainda, por suas consequências econômicas, sociais e ambientais. Claro que não de servir também à satisfação e garantia dos direitos das partes envolvidas diretamente.

É importante frisar que a livre manifestação de vontade, permanece mesmo neste novo desenho que se propõe como elemento essencial à formação das obrigações e à utilização pelos indivíduos dos institutos civilísticos. Contudo, a possibilidade de manifestação de uma vontade plena é, na prática social, cada vez mais rara<sup>1</sup>, e a função social assume um papel promocional, que deve ser observada em todo o ciclo vital dos institutos e das obrigações.

A liberdade tão cara ao direito civil, na acepção atual, pode ser concebida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, por exemplo, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido. O panorama atual do direito civil parece estar atrelado à “grande cláusula constitucional de solidariedade” (NALIN, 2002, p. 54). Sustenta Costa (2002, p. 211):

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na Civita, em comunidade. O problema está no modo de se entender a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova ideia, a de autonomia (privada) solidária.

Essa acepção da função social deve ser analisada com cuidado, sob pena de estabelecer o direito civil não como instrumento útil aos interessados, para satisfação de suas necessidades ou desejos, mas apenas no sentido social de utilidade para a comunidade. Assim, compreendida, poderia ser legítima a vedação de quaisquer negócios que não buscassem tal fim. Mas, o interesse particular não se opõe, necessariamente, ao interesse social. Essa dicotomia não

---

1 Considerando que o dirigismo contratual e a atual conformação da autonomia privada.

mais subsiste. Indivíduo e sociedade não são opostos. O indivíduo encontra-se inserido no contexto social e dele não se desvincula:

[...] o princípio da autonomia da vontade protege a liberdade contratual do indivíduo e também resguarda o interesse social. Indivíduo e sociedade não são opostos e, afirmar uma adversidade entre homem e sociedade é exagero que induz à inversão lógica de contrapormos o indivíduo — representado pela liberdade contratual — e sua comunidade — expresso pela função social —, quando na verdade singular e plural são complementares, afinal, a pessoa vive com o seu grupo, eventualmente, em meio a concorrências e disputas com outros integrantes, que não anulam o sentido gregário de convivência (MANCEBO, 2005, p. 55).

Os institutos do direito civil estão à disposição das interessadas partes para a satisfação de suas necessidades. Isso não afasta a concepção de que podem ser destinados à promoção do bem comum, até porque o atendimento às necessidades humanas e tutela dos interesses individuais também pode ser entendida como uma das formas de se atender ao interesse social. Exigir dos indivíduos um comportamento essencialmente altruístico, ao impor que procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros, é o que nos parece desarrazoado:

Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa, assim como há quando se tutela a satisfação de interesses difusos ou coletivos que estejam, eventualmente, envolvidos na realização daquele contrato. Na realidade, não raro, a tutela de um interesse coletivo se confunde com a de um interesse individual (RENTERÍA, 2006, p. 305).

Essa ideia nos parece bem razoável se pensarmos, por exemplo, na tutela ao meio-ambiente. Garantir, através da contratação, um meio ambiente equilibrado, não reflete apenas um interesse social, mas reflete o interesse das próprias partes que estão inseridas nesse ambiente.

Ao buscar o sentido da norma, impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam todo o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise meramente valorativa, pois assim aumenta-se o “perigo dos juízos irracionais, porque neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 1997, p. 321–322).



A função social rompe com o individualismo que preconizava a existência do direito civil, afeto à esfera individual quase íntima. Portanto, o direito civil, além de ser um instrumento de tutela e promoção dos interesses individuais, é um instrumento social de harmonização das relações, de promoção de princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

O mundo contemporâneo, ao refletir uma forma de existência verdadeiramente global (SANTOS, 2005, p. 27), promovendo articulações intercorrentes e incessantes entre o agir local e suas consequências no globo, nos revela que a necessidade de proteção do meio- ambiente está, umbilicalmente, associada ao princípio da solidariedade que orienta, como já assinalamos, todo o universo civilístico contemporâneo. Até porque direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é direito de todos, inclusive das futuras gerações (WEISS, 1989, p. 78).

A proteção ambiental configura-se como um "múnus" direito-dever de todos, o que requer solidariedade jurídica, solidariedade ética, inclusive inter geracional, pois os sujeitos encontram-se, simultaneamente, em ambos os polos da relação jurídica, ou seja, ao mesmo tempo em que são sujeitos ativos, são também sujeitos passivos do mesmo direito-dever: têm direito e dever sobre o mesmo bem (MORAES, 2008, p. 54). Os deveres correspondentes à função ambiental (CAVEDON, 2003, p. 82) não são exclusivamente do Poder Público, são solidarizados com a sociedade. Não obstante:

A solidariedade já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, tendo-se tornado um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um (MORAES, 1993, p. 28).

A leitura do ordenamento civil há de ser realizada buscando-se uma justificativa constitucional, uma dinamicidade entre as normas infraconstitucionais e os princípios e valores constitucionais, de modo que as normas de direito civil sejam integradas não apenas a relações interpessoais, mas tenham uma funcionalidade, de forma a garantir as finalidades sociais da norma.

O entrelaçamento entre o desenvolvimento sustentável e os institutos civilísticos é estreito: o contrato há de revelar-se como instrumento útil a fomentar relações saudáveis e úteis entre indivíduo e meio ambiente. Relações que devem se estreitar, principalmente se considerarmos a responsabilidade que temos com as gerações futuras. Como adverte Bordin (2008), o princípio

da solidariedade entre as gerações traz a ideia de solidariedade diacrônica e solidariedade sincrônica<sup>2</sup>:

A solidariedade diacrônica consiste na responsabilidade que a população atual tem com a população futura de não incorrer em ações irreversíveis, capazes de alterar negativamente o modo de vida destas populações, em decorrência da exaustão dos recursos e do processo cumulativo de poluição. A solidariedade sincrônica corresponde à responsabilidade com a geração presente, na qual a equidade social entre as nações e dentro delas é o ponto central (SACHS, 1986, p. 47).

A ideia de solidariedade nos remete a uma desejável reação ética dos indivíduos, com a finalidade de preservar os ecossistemas, com todas as suas formas de vida, inclusive a vida do próprio ser humano. Com efeito, o desenvolvimento econômico, intimamente conectado ao universo do direito civil, deve conciliar uma atitude socialmente justa e economicamente viável de exploração do ambiente, contudo, sem exaurir sua capacidade natural de se reproduzir para as gerações futuras (COUTINHO, 2009).

Ao buscar essa abertura comunicacional entre a dimensão negocial, que orienta as atividades econômicas dos indivíduos e seu relacionamento com meio ambiente, pretende-se privilegiar uma atitude ética ambiental, que pressupõe a observância nas relações privadas — de valores de especial fundamentalidade — para uma nova organização do direito ambiental, a responsabilidade, o cuidado e o respeito a permitir a superação do “paradigma de dominação” (LEITE; AYALA, 2001, p. 70) marcado pela forte tensão entre as relações entre homem e natureza e que tem, repetidamente, orientado também o discurso no tratamento jurídico do ambiente.

Necessário para a superação da crise ecológica é a superação da ética individualista, que marcava o discurso civilístico. Há que incorporar-se um pensamento discursivo que permita responsabilizar a todos pelos acontecimentos ecológicos globais. A resposta à crise ecológica demanda responsabilidade solidária, centrada em princípios que ultrapassam a esfera individualista, ainda tão cara ao homem contemporâneo:

---

2 Segundo Saussure (2002, p. 96) “é sincrônico tudo quanto se relacione com o aspecto estático da nossa ciência; é diacrônico tudo que diz respeito às evoluções”.

A sociedade que gerou a crise ecológica não teve alteridade nem solidariedade como valores fundamentais. Tal responsabilidade coletiva é pleiteada num nível ético, que deve decorrer da junção entre as éticas da solidariedade e da alteridade — sem as quais não é possível considerar a natureza e mesmo os próprios seres humanos como outros sujeitos, mas apenas como objetos — para que seja possível compreender e buscar uma saída da crise ecológica (LIMA, 2006, p. 81).

É necessário perceber que os indivíduos têm deveres que ultrapassam aqueles assumidos apenas inter partes, pois seu acordo não apenas não deve causar dano à sociedade, mas sim promovê-la. Deve-se ultrapassar a preocupação essencialmente patológica, do direito civil, para se voltar para seu papel promocional, só assim será possível uma verdadeira interface entre o universo civilístico e o meio ambiente, na medida em que cresce a dimensão social das relações privadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito civil, em sua feição contemporânea, pretende estabelecer novos parâmetros com observância de valores e princípios que sobressaem o mero interesse das partes.

Assim, procura-se demonstrar que os institutos de direito civil assumem papel funcional, cujo conteúdo pode ser apreendido inspirando-se na dignidade humana e no solidarismo social, situação em que incorpora um aspecto profilático ou promocional, de forma que a tutela do direito deve não apenas garantir, mas também promover esses valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. E isso não se realiza apenas limitando o exercício dos direitos, mas por meio da utilização do direito civil, de maneira saudável e útil, a fomentar relações de interação entre o universo contratual e o meio ambiente.

Defende-se que os valores e princípios inspiradores do direito civil contemporâneo estejam sedimentados em nossa sociedade, para que a função social não seja considerada apenas um valor vago a ser densificado pelo juiz, mas um princípio que propicie o sentimento de efetiva participação dos destinatários da norma. A efetiva sedimentação dos valores éticos e solidários, tão caros ao constituinte, apenas se dará se o ser humano romper com o ideário individualismo e com a indiferença ao ambiente em que está inserido.

Nesse sentido, desenvolvimento sustentável e os institutos de direito civil possuem relação estreita: devem funcionar como instrumento útil a incrementar relações proveitosas entre indivíduo e meio ambiente, relações que devem propiciar a implementação de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, principalmente se considerarmos a responsabilidade que temos com as gerações futuras.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo Vientiuno, 2002.

BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37–61, out. 2008.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 211–259, out. 2002.

COUTINHO, Gilson de Azeredo. A ética ambiental na sociedade contemporânea. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6062](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6062)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 62–80, abr./jun. 2001.

LIMA, André. **Zoneamento ecológico econômico** — a luz dos direitos socioambientais. Curitiba: Juruá, 2006.

MANCENO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 21–32, jul. /set., 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 123–136.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, p. 50–60, out. /dez. 2002.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 78–97.

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir**. São Paulo: Vértice, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

WEISS, Edith Bronw. **In fairness to future generations: international Law, common patrimony, and intergenerational equity**. Tokyo: United Nations University, 1989.



SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E A AUTONOMIA  
DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA  
JURÍDICA POR CRIMES AMBIENTAIS

---

*Jorge Bheron Rocha*





## INTRODUÇÃO

O constituinte originário adotou, na Carta de 1988, a responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, de forma expressa no art. 225, §3º. A Lei 9.506/98 concretizou a incriminação das entidades coletivas relativamente às condutas danosas ao meio ambiente, indicando os critérios de imputação da autoria do delito, a autonomia da dita responsabilidade em relação à responsabilidade da pessoa individual e o quadro sancionatório que deve ser aplicado na condenação, cabendo ao intérprete da lei dar a máxima efetividade ao comando constitucional, respeitando, sempre, os direitos, garantias e liberdades também aplicáveis aos entes coletivos.

Inicialmente, busca-se realizar uma aproximação histórica da questão na legislação brasileira, referenciando também a recente jurisprudência sobre o tema. Em seguida, faz-se uma análise do modelo construtivista de atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica. Ao fim, verifica-se a hipótese concreta de aplicação deste modelo de autorresponsabilidade às disposições pertinentes na Lei dos Crimes Ambientais.

É certo que a responsabilização penal da pessoa jurídica tem suscitado, em épocas, lugares e sistemas diversos, calorosas discussões, que, ora utilizando de argumentos de política criminal, ora utilizando argumentos dogmáticos, refutaram ou albergaram essa autonomia da responsabilização do ente moral nos ordenamentos jurídicos de inúmeras nações.

[...] E de facto, indiferente aos que lhes negam quaisquer capacidades delitivas, os entes coletivos, conta-nos a história, estiveram (aqui um pouco mais, ali um pouco menos, mas em todos os sítios) a atrair aos seus vórtices jurídico-penais as condutas deletérias ao tecido social que lhes eram atribuídas e arcaram nas mais variadas formas, com as consequências das infrações.

Sob uma flamejante chuva sulfúrica, Sodoma e Gomorra aniquilaram-se em pagamento dos seus delitos; algumas thiasoi foram punidas na Atenas democrática; as associações sucumbiram perante o Senado romano, nas vagas da conspiração de Catilina; os clãs tedescos pagavam a reparação com a Wergeld; as companhias francesas, sob a Ordenação de 1670, foram processadas; e as aldeias de Castelo-Melhor temiam a multa do alcaide (ROCHA, 2015a, p. 08).

As legislações em vigor no Brasil colônia (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) eram silentes quanto à responsabilização penal do ente moral. No entanto, entende-se que, à semelhança do que ocorria na metrópole portuguesa, às pessoas coletivas eram aplicadas penas pelos juízes.

Pela mesma forma porque eram aplicadas aos indivíduos (...) é que era corrente considerar no mesmo pé de igualdade pessoas singulares e coletivas. Apenas em certos casos, o largo arbítrio do juiz dispunha modificava a pena ou a substituía (CARVALHO, 1934, p. 20–21).

No Brasil Império, entretanto, há traços evidentes de responsabilização penal no Código Criminal de 1830,<sup>1</sup> sendo, posteriormente, mantidas também na Primeira República, no Código Penal de 1890<sup>2</sup>. Tais referências normativas, contudo, são completamente extirpadas do ordenamento jurídico no Código Penal de 1940 (CP), que não trouxe qualquer traço de responsabilização penal dos entes coletivos, tendo vigorado praticamente inalterado este estado de coisas<sup>3</sup> até a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil

---

1 “Art. 79. Reconhecer o que for cidadão brasileiro, superior fora do Imperio, prestando-lhe effectiva obediencia. Penas — de prisão por quatro a dezeseis mezes. Art. 80. Se este crime fôr commettido por Corporação, será esta dissolvida; e, se os seus membros se tornarem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação com a mesma, ou diversas regras.”

2 “Art. 103. Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fora do país, prestando-lhe obediencia effectiva: Pena — de prisão cellullar por quatro mezes a um anno. Paragrapho unico. Si este crime for commettido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimen: Pena — aos chefes, de prisão cellullar por um a seis annos; aos outros membros, por seis mezes a um anno.”

3 Diz-se praticamente porque o “art. 32 da Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953 — que define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social — ainda vigente, trazia um rudimento de responsabilização de um ente coletivo no contexto do direito criminal, mas, entretanto, renunciava ao carácter penal da responsabilidade e, por conseguinte, da sanção, ao remeter a tramitação do processo competente de apuração para o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio: “Art. 32. O sindicato, associação de grau superior ou associação profissional cujos dirigentes com apoio, aquiescência ou sem objeção da maioria dos seus associados, incorrerem em dispositivo desta lei, ou, por qualquer forma, exercerem ou deixarem exercer, dentro do âmbito sindical, atividade subversiva, terão cassadas suas cartas de reconhecimento ou cancelado o respectivo registro, observando sempre o disposto no artigo 141, §12, da Constituição”. Por outro lado “em 1965 foi promulgada, em 15 de julho, a lei nº 4.737, mais conhecida como o Código Eleitoral (CE), sendo publicada em 19 do mesmo mês, com vigência a partir de trinta dias da publicação. O artigo 3361 do CE — editado ainda sob a égide da Constituição de 1946, pós-Estado Novo, e da antiga Parte Geral do Código Penal de 1940 — prescreve que, ao verificar que o diretório local do partido político, por qualquer dos seus membros, concorreu para a prática de determinados delitos ou tendo se beneficiado conscientemente desta prática, deve o

(CRFB), em 5 de outubro de 1988, que trouxe a previsão, de forma expressa em seu art. 225, §3º, e, de forma tácita, no art. 173, §5º, de responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

Ressalte-se que, não obstante a previsão constitucional, a doutrina majoritária continuava ainda a se opor energicamente a essa possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo, mesmo após a concreção do comando constitucional na lei 9.605/98, apresentando diversas razões de cunho político-criminal e dogmático (ROCHA, 2015 a), razões estas albergadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça até o ano de 2005<sup>4</sup>.

Há que se reconhecer, logo de início, que a postura cética e opositora ao reconhecimento de uma capacidade de delinquir da pessoa coletiva se deu em virtude, principalmente (ou bem, pelo menos é essa a modalidade de oposição que se espera encontrar na ambiência científica) da proteção das liberdades, garantias e direitos das pessoas frente ao Estado — *das kälteste aller kalten Ungeheuer* (NIETZSCHE, 1997, p. 97) — e da defesa da limitação à (e legitimação da) imposição da sanção apenas aos casos em que estivesse inequivocamente legitimada.

Ocorre que, a partir do ano de 2005, em julgamento histórico relatado pelo Ministro Gilson Dipp,<sup>5</sup> o STJ passou a acolher a responsabilização penal da pessoa jurídica, mas vinculada à teoria da dupla imputação, ou seja, aceitava a responsabilização apenas por “ricochete”, tendo como *condicio sine qua non* a responsabilização penal da pessoa física. Esse entendimento foi mantido até recente decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, relatado pela ministra Rosa Weber, quando finalmente restou reconhecido que o “*condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física, não encontra amparo na Constituição da República*”<sup>6</sup>.

Mas resta a pergunta: qual o fundamento de uma responsabilização penal da pessoa jurídica independente de uma responsabilidade penal da pessoa física?

---

juiz impor-lhe a pena de suspensão de sua atividade eleitoral na sentença que julgar a ação penal” (ROCHA, 2015b, p. 143).

4 v.g. STJ — Embargos de Declaração no Recurso Especial No 622.724 – SC Relator: Ministro Felix Fischer

5 STJ – RESP– 564960 – 5a Turma, Relator: Min. Gilson Dipp, DJ: 13/06/2005

6 RE 548.181 Paraná, Rosa Weber, julgado em 06/08/2013.

Uma das respostas dadas atualmente pela doutrina encontra-se apoiada na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: o Modelo Construtivista de Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Frise-se que tal teoria já foi utilizada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região para fundamentar a independência da apuração da responsabilidade entre pessoa individual e pessoa coletiva<sup>7</sup>.

## **1. MODELO CONSTRUTIVISTA DE RESPONSABILIDADE PENAL**

O conceito jurídico-sociológico construtivista operativo proposto por CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, a partir de uma concepção autopoiética, é apto a fundamentar uma verdadeira responsabilidade penal autônoma da pessoa jurídica, e não com base na mera imputação de determinadas condutas de pessoas individuais àquela.

O conceito construtivista operativo proposto pelo citado autor é tecido a partir de uma noção da teoria dos sistemas autopoiéticos, traduzidos para os sistemas sociais por Niklas Luhmann, e, especificamente para a seara do Direito, por Gunther Teubner.

Segundo tais postulados, a pessoa coletiva — mais precisamente as corporações empresariais com certa complexidade, segundo DÍEZ —, é um sistema autopoiético organizativo, caracterizado pela autonomia, autoadministração, autocondução e auto-organização. A corporação, como todo sistema social, é um sistema composto por comunicações,<sup>8</sup> mais exatamente pela comunicação de decisões que são tomadas mediante outras decisões que se servem de conexão às decisões posteriores da própria empresa e que se orientam com base em decisões anteriores desta.

Enquanto sistema organizatório, a pessoa jurídica é independente dos membros individuais, cuja condição já não se constitui em referência aos indivíduos concretos ou relativamente à características abstratas, essa condição

7 TRF4, ACR 0010064-78.2005.404.7200, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/09/2012

8 "As ciencias de la comunicación, parte de la base de que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión". (DÍEZ, 2010, p. 455–475).

remete-se às estruturas internas da empresa, por isso as pessoas físicas podem ser continuamente trocadas e o ente coletivo conservar sua identidade. A cultura empresarial, cuja efetividade comunicativa não depende de que os indivíduos estejam de acordo com ela, tem uma determinada vigência que pode, inclusive, questionar a vigência do ordenamento jurídico (DÍEZ, 2006a).

Na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos, as pessoas coletivas (não todas, mas apenas aquelas com elevado grau de complexidade interna) são dotadas de auto-organização, autoadministração, autocondução e autorreferencialidade que as constitui num cidadão corporativo, apto a institucionalizar uma cultura de fidelidade ao Direito, em que a ausência desta cultura torna a pessoa coletiva penalmente responsável. Assim:

[...] los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial estimulan, como prestación de la pena empresarial, el ejercicio de fidelidad al Derecho por parte de la propia empresa, en el sentido de favorecer una auto regulaci3n empresarial conforme a Derecho y el correspondiente establecimiento de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho. Por lo tanto, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial estimulan que las empresas cumplan con su rol de ciudadanos corporativos fieles al Derecho y que, en general, se produzca un reforzamiento de la vigencia de la normas de la sociedad moderna (DÍEZ, 2006a, p. 26).

O construtivista operativo proposto por Díez se configura como um modelo de autorresponsabilidade penal, cujas vantagens, frente aos modelos de heterorresponsabilidade, se traduzem na configuração de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, que não está sujeita à verificação prévia e necessária da atividade delitiva de uma pessoa física e origina um maior respeito aos parâmetros do moderno Direito penal; e no estímulo a uma autorregulamentação empresarial conforme o ordenamento jurídico e o correspondente estabelecimento de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito.

## **1.1. A Conduta Própria da Empresa**

Os conceitos de ação (causal, final, social, pessoal) foram concebidos segundo um comportamento humano e moldados para o exercício de uma vontade no

estrito sentido psicológico. Consequentemente, não poderia haver uma outra resposta, quando se maneja conceitos assim construídos, a não ser que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada penalmente (BACIGALUPO, 1998, p. 149) por ausência de uma capacidade de ação.

Entretanto, várias condutas humanas se quedaram dificilmente explicadas por algumas destas teorias. Por exemplo, a teoria causalista não pode explicar a conduta nos crimes de mera atividade,<sup>9</sup> ou ainda, o fato de a teoria finalista ter dificuldade de explicar a conduta omissiva e ou a culposa (DIAS, 2007, p. 255); (CORREIA, 2007, p. 247).

Posteriormente, verificando que a ação é um aspecto inteiramente impreciso e complexo, sujeito a fatores naturalísticos, fortuitos, antropológicos, biológicos, psíquicos do atuar humano, o que impossibilitava o estabelecimento de um conceito geral que correspondesse a todas as facetas do injusto (ZÚÑIGA RODRIGUEZ, 2003, p. 228), passou a doutrina a debruçar-se sobre o conceito do tipo de injusto ou ilícito-típico como ponto central da valoração de sentido da norma penal.

As pessoas jurídicas são reconhecidas — e não apenas por juristas, mas por filósofos e sociólogos (v.g., Theodor Litt, Nicolai Hartmann, Renate Mayntz) — como uma efetiva realidade social, como “*formas de organización humana que constituyen sujetos autónomos, en la realidad de la vida social, con independencia de la variación de sus miembros*” (HIRSCH, 1993, p. 1104), portanto, capazes de condutas na vida social, não sendo razoável ou aceitável que os conceitos dogmáticos de culpa e ação se convertessem em uma “*ontificação e autonomização*” tais, que seriam obstáculos intransponíveis à conformação da realidade normativa com a realidade social (DIAS, 1984, p. 36).

Na Teoria Construtivista de Autorresponsabilidade, a pessoa coletiva, enquanto sistema organizativo autopoietico, dispõe de conhecimento organizativo independente do conhecimento pertencente às pessoas individuais que lhe tomam parte e a noção de conduta está intimamente ligada à configuração deste âmbito organizatório próprio, fundado na liberdade de autocondução, auto-organização e autoadministração e não na liberdade de vontade ou de decisão, inerente ao ser humano.

---

9 “O que conduziria a afirmações tão estranhas à realidade da vida como a de que a ação, no crime de injúria, consistira na emissão de ondas sonoras dirigidas ao aparelho auditivo do receptor” (DIAS, 2007, p. 240).

[...] el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (...), sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento. Las vinculaciones mismas constituyen el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización (WILLKE, 1998, p. 2873, apud DÍEZ 2015 p. 54).

Com fundamento num alto nível de complexidade interna em que passa a se auto-organizar, autoconduzir e autodeterminar, a pessoa jurídica torna-se um cidadão corporativo, no sentido de que efetivamente toma seu papel na participação da discursividade social, justamente por meio da sua capacidade de auto-organização, que decorre do nível de complexidade de seus processos intramuros, inacessíveis ao disciplinamento do Estado, tornando-se responsável, ela mesma, pelo respeito às normas do ordenamento (DÍEZ, 2006b, p. 113).

Assim, a corporação, como uma pessoa social “*puede bien realizar su capacidad de acción y organización, o no bien realizarla — o hacerlo defectuosamente — se un entorno social que exige su realización*” (LAMPE, 1999, p. 96, apud DÍEZ, 2006b, p. 114). Neste contexto, a capacidade de ação é substituída pela capacidade de organização do mesmo modo que o domínio do fato é substituído pelo domínio da organização.

Expressando de outra maneira: a pessoa jurídica, da mesma forma que a pessoa física, é plenamente responsável pelos seus espaços de liberdade, sendo-lhe vedado produzir ou incrementar “*riesgos superiores al permitido*” (DÍEZ, 2006b, p. 115). Tal é a relação sinalagmática própria do Direito Penal, em que à liberdade e a autodeterminação de que goza o agente, no âmbito do seu domínio do fato — pessoa física, ou do seu domínio da organização — pessoa jurídica, corresponde à responsabilidade pelas consequências de suas condutas, inclusive de ordem criminal.

## **1.2. A Culpabilidade Própria da Empresa**

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ defende que o conceito construtivista de culpabilidade empresarial é funcionalmente equivalente, apesar de não ser idêntico, ao conceito de culpabilidade individual. Entretanto, alerta que para reunir uma capacidade de culpabilidade, torna-se necessário que o sistema

organizativo tenha desenvolvido uma determinada complexidade interna — autorreferencialidade apta à autodeterminação do próprio sistema relativo ao entorno — sem a qual não se pode entender que seja considerado pessoa para o Direito Penal.

En este sentido se puede establecer, de nuevo, una equivalencia funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en el ser humano y en la organización empresarial. Así, al igual que el niño no es imputable en Derecho penal individual hasta que su sistema psíquico no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad — autoconciencia —, tampoco la empresa puede considerarse imputable en el Derecho penal empresarial hasta que su sistema organizativo no es suficientemente complejo, esto es, hasta que no ha alcanzado un determinado nivel interno de autorreferencialidad — autoorganización (DÍEZ, 2006b, p. 121).

O conceito de culpabilidade própria da pessoa coletiva é construído sobre três importantes fundamentos: a chamada fidelidade ao Direito, enquanto condição de vigência da norma, a liberdade de (e a consequente responsabilidade pela) auto-organização e a capacidade de questionar a vigência das normas jurídicas.

A fidelidade ao Direito, que a entidade coletiva está obrigada, se relaciona à contribuição da cultura empresarial para a vigência da norma, uma vez que as organizações empresariais, em virtude de seu tamanho e complexidade interna, não admitem uma regulação direta ou completa do Estado, necessitando, assim, da institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito.

Dentro desta complexidade, a adoção de programas de cumprimento ou “compliance programs”<sup>10</sup> pode ser determinante para garantir que todos e cada um dos membros de uma empresa cumpram com os mandatos e as proibições jurídico-penais, fazendo com que, em caso de infração, seja possível a apuração da responsabilidade penal (COCA VILLA, 2013, p. 43–72). Por outras

---

10 “Entre los conceptos más usados están: “programas de compliance”, “risk management”, “value management” y “corporate governance”, así como “business ethics”, “integrity codes”, “codes of conduct” y “corporate social responsibility”. Estas palabras-clave describen medidas destinadas a orientar la dirección empresarial en valores éticos y que, bajo procedimientos especiales, también están destinadas a impedir la criminalidad empresarial” (SIEBER, 2013, p. 64).



palavras, é a adoção de um programa que tem por finalidade assegurar a cultura empresarial de fidelidade ao direito.

Quando a institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito não ocorre, ou se faz de maneira defeituosa, a organização corporativa infringe o ordenamento jurídico e deve sofrer as consequências penais da infração.

A liberdade de auto-organização empresarial, já mencionada anteriormente, como correspondente sinalagmática da responsabilidade pelas consequências da atividade empresarial desenvolvida, se expressa na obrigação que tem o ente coletivo de tal qual a pessoa individual, manter o seu âmbito de atuação negocial próprio dentro das margens de risco permitido, fazendo com que se estabeleça uma autorresponsabilidade empresarial<sup>11</sup>.

Nesta perspectiva, a pessoa jurídica deixa para trás o indesejável e inconcebível papel de mero ator econômico baseado na lógica (ir) racional de mercado, engendrando comportamentos unicamente fundados no esquema custo vs. benefício, para ser um cidadão corporativo fiel ao Direito, reconhecendo e incentivando uma cultura de acordo com uma matriz mais adequada ao seu papel socialmente relevante de direitos vs. deveres.

O terceiro fator de destaque é a participação da organização coletiva no discurso público, entendida esta no sentido de que, tal como aos indivíduos, é reconhecido às pessoas jurídicas o direito de participar no processo de criação e definição das normas sociais. É de se ressaltar que à pessoa jurídica são reconhecidos uma série de direitos fundamentais,<sup>12</sup> tais como o direito à existência, à assistência jurídica gratuita e integral, à propriedade, à honra, etc. E, embora não tenha direito ao voto, as empresas tem forte influência na vida política, podendo apoiar esta ou aquela corrente de pensamento ideológica, propostas legislativas, programas político-partidários ou, ainda, engajar-se em campanhas eleitorais, nomeadamente através de doações financeiras a partidos e candidatos<sup>13</sup>.

---

11 DÍEZ cita HEINE: “toda empresa debe comportarse (organizar- se) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado — es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial”. (DÍEZ, 2006b)

12 Forte é o exemplo da Constituição portuguesa, que reconhece expressamente no Art. 12º, nº 1 que “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Inscrito dentro do capítulo reservado aos “Direitos e Deveres Fundamentais”.

13 Entretanto, no Brasil, o STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650 para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições

Reconhece-se, assim, à entidade jurídica o direito à liberdade de expressar juízos no discurso público sobre as normas sociais, contribuindo para a conformação destas (DÍEZ, 2006a), e, portanto, devendo sobre si recair o dever de devolver a vigência da norma, quando infringida.

Importa salientar, outrossim, que a imputabilidade penal da pessoa jurídica — funcionalmente equivalente à imputabilidade da pessoa individual —, exige, segundo DÍEZ, alguns critérios para que a entidade moral adentre a discursividade penal, não bastando ter personalidade jurídica (como não basta à pessoa individual), é necessário um mínimo de complexidade interna suficiente, um certo grau de autorreferencialidade interna que faça com que a identidade corporativa se institucionalize através de decisões corporativas e que a condição de membro da corporação esteja determinada por meio de regras internas da própria organização (DÍEZ, 2010)<sup>14</sup>. Dizendo de outra forma: não são as pessoas individuais que decidem quem faz ou não parte da corporação ou quais as atribuições que lhe são destinadas, mas sim a pessoa jurídica que decide essa questão através de seus processos de organização interna.

## **2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PELOS CRIMES AMBIENTAIS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA CONSTRUTIVISTA**

O constituinte originário adotou na Carta de 1988 a responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais de forma expressa no texto constitucional. A Lei 9.605/98 concretizou a incriminação das entidades

---

de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, sob a relatoria do ministro Luiz Fux. Ademais, a lei nº 13.165/2015 que, na sua redação aprovada pelo Congresso Nacional trazia dispositivos que possibilitavam a doação de empresas a campanhas eleitorais e partidos políticos, teve tais dispositivos vetados pela Presidência da República por inconstitucionalidade e por contrariedade ao interesse público, afirmando que “A possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático.” Mensagem de Veto nº 358, de 29 de setembro de 2015.

- 14 Neste sentido, entende TERESA QUINTELA DE BRITO que há três modalidades de entes coletivos que não podem ser considerados como centro de imputação penal: “aqueles destituídos de organização; os que não têm uma organização suficientemente estável e complexa; e aqueles que, mesmo dotados de estabilidade e complexidade suficiente, carecem de autonomia”. BRITO, 2012. p. 223–224).

coletivas, relativamente às condutas danosas ao meio ambiente, indicando os critérios de imputação do delito, a autonomia da dita responsabilidade e o quadro sancionatório que deve ser aplicado. Se é certo que a chamada Lei dos Crimes Ambientais poderia ter sido mais técnica e precisa, não menos exato é dizer que as vezes os aplicadores da lei impõem exigências dogmáticas à concreção da responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda maiores do que em relação à pessoa física, com minudências e literalismos que, na verdade, dificultariam a construção interpretativa da norma.

A Lei 9.605/98 já contém as disposições normativas mínimas necessárias para os fins a que se destina e em relação à responsabilização penal da pessoa coletiva, deve o aplicador da lei fazer sua parte e interpretá-la conforme a Constituição, e não o contrário, de forma a fazer valer a determinação constitucional de responsabilização do ente moral, sem, contudo, olvidar os demais direitos, liberdades e garantias que são também aplicáveis às pessoas jurídicas, conforme a compatibilidade com sua natureza.

A citada lei dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e é clara ao determinar apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, inclusive de forma independente da apuração da responsabilidade da pessoa individual:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Neste diapasão, o domínio da organização, que caracteriza a conduta delitativa organizacional, nesta hipótese se exterioriza na infração ao ordenamento jurídico perpetrado através da decisão do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado da pessoa jurídica, que caracterize o atendimento de um interesse ou a obtenção de um benefício desta.

Percebe-se que a norma em comento não exige que a ação seja perpetrada por pessoa pertencente ao corpo diretivo, ou por funcionário da própria empresa, ou seja, sobre a questão da atuação concreta sobre o objeto do delito a norma não faz qualquer menção. Além-se o dispositivo a delimitar o âmbito

de responsabilidade da pessoa jurídica às infrações que sejam cometidas em decorrência da decisão tomada pelo colegiado ou por seu representante, o que se coaduna perfeitamente com a teoria construtivista, uma vez que, tanto a pessoa individual que exerce o papel de representante, quanto aquelas que formam o colegiado, não estão nesta condição por decisão própria, mas em decorrência de regras internas da organização da pessoa jurídica, quando dotada, como vimos anteriormente, de um certo grau de complexidade.

Como um sistema social autopoietico composto por comunicação de decisões, cuja efetividade comunicativa não depende de que os indivíduos estejam de acordo com estas decisões, nem são estas daqueles provenientes, pois são tomadas com base na orientação de decisões anteriores e que se servem de conexão a decisões posteriores da própria empresa, marcando a autoreferibilidade. As decisões da pessoa jurídica não dependem de seus membros concretos, que podem ser continuamente trocados sem que seja alterada sua identidade comunicacional.

Ressalte-se que, nas entidades coletivas de alta complexidade, as decisões identificadas pela presença da salvaguarda de seus interesses, ou pela promoção de benefícios para si, sendo tomadas pelos representantes ou pelo colegiado, não são decisões destes, mas decisões da própria pessoa coletiva, decorrente de sua autonomia, autoadministração, auto condução e auto-organização, devendo os riscos não permitidos criados ou acrescidos que terminem por produzir um concreto resultado lesivo em infração às normas penais a ela serem imputados, pois decorrem de seu domínio da organização.

Com relação à verificação do tipo de ilícito subjetivo — dolo ou culpa —, percebemos que está ligada à questão de a pessoa jurídica ter o conhecimento organizativo do risco de suas atividades. Conhecimento este que está completamente apartado do conhecimento individual, sequer podendo ser considerado como soma do conhecimento dos indivíduos da corporação.

Assim, para se analisar a presença de dolo, deve-se sempre verificar se, no caso concreto, a entidade coletiva tinha “o conhecimento organizativo do concreto risco empresarial — nos delitos de perigo — que se realiza no resultado típico — nos delitos de resultado” (DÍEZ, 2015, p. 54).

Agiria com dolo, por exemplo, a pessoa jurídica possuidora do conhecimento organizacional, adquirido pelo investimento em pesquisas na área ou pela compra de conhecimento científico realizado por outras empresas, de que determinada

espécie de peixe exótico pode causar danos ao ecossistema de uma região, e, ainda assim, a reproduz nas águas dos rios, com vistas a obter benefícios.

Relativamente à culpa, enquanto modalidade do tipo de ilícito subjetivo, deve-se verificar se havia um dever de possuir o conhecimento organizativo pertinente ao caso, e se a inobservância deste dever produziu o risco não permitido, que se concretizou num resultado. Estaria incorrendo em conduta culposa, a pessoa jurídica que maneja substâncias para consumo humano e que tenha o dever, segundo um critério objetivo do que é razoável esperar do conhecimento organizativo dentre as empresas do setor, de saber que a substância que utiliza em produtos de consumo das pessoas é tóxica e nociva ao ser humano e está em desacordo com as exigências estabelecidas na lei.

Ressalte-se que, a fim de se afastar qualquer traço de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na imputação do crime ambiental, deve ser verificado se restou configurada no caso concreto a culpabilidade, ou seja, se não ocorre a institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade às normas ambientais pertinentes, ou se faz de maneira defeituosa, não seguindo ou não procurando seguir uma política corporativa de atendimento às normas que regem o setor a que se dedica, a fim de manter o risco ambiental proveniente de sua atividade dentro dos patamares permitidos.

Claro que o cumprimento do dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito pode ter o condão de excluir a culpabilidade, pois, ao internalizar em sua auto-organização os princípios normativos que regem a proteção do meio ambiente, como, por exemplo, adotando programas de cumprimento ou “compliance”, seria determinante para garantir que todos e cada um dos membros da pessoa jurídica cumpram com os mandatos e as proibições jurídico-penais.

Com a adoção clara de uma cultura de fidelidade ao direito ambiental — com uma política informativa ostensiva das normas e regulações pertinentes dirigidas aos diversos setores e departamentos internos — com total adesão ao cumprimento do ordenamento jurídico, em que suas decisões internas tenham como base a observância destas leis regentes da matéria, qualquer decisão de seu representante, contrariando esta política corporativa de fidelidade ao direito, seria dissonante com esta cultura, e, portanto, tem o condão de excluir a responsabilidade do ente corporativo.

Por fim, é importante ressaltar que se está a impor a sanção ao verdadeiro delinquente, o que corresponde aos anseios sociais, uma vez que

o crime cometido contra o meio ambiente foi identificado pela sociedade como obra da própria pessoa jurídica. Outrossim, haverá o estímulo a uma autorregulamentação empresarial conforme o ordenamento jurídico e o correspondente estabelecimento de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito, fazendo com que os fins das penas sejam alcançados — o que legitima a responsabilização penal da pessoa coletiva e do sistema sancionador através do cumprimento do papel político-criminal preventivo, tanto clássico, quanto integrador da sanção.

## CONCLUSÕES

A importância aumentada ou reduzida das pessoas coletivas nas relações comunicacionais das sociedades — tendo em conta a sua já reconhecida discursividade própria — ao longo da história influenciou numa razão, diretamente proporcional, a sua entrada ou saída do campo de incidência da responsabilidade penal e, conseqüentemente, da aplicação de sanções.

Não obstante uma certa laconicidade dos preceitos insertos na Lei 9.605/98, esta contém as disposições principais e essenciais à concreção do comando constitucional do art. 225, §3º, de responsabilização penal da pessoa jurídica pelos danos ambientais: a indicação dos critérios de imputação da autoria do delito, a autonomia da dita responsabilidade em relação à responsabilidade da pessoa individual e o quadro sancionatório que deve ser aplicado. Com tais elementos, é possível ao intérprete da lei estabelecer esta modalidade de responsabilização direta, com a construção de uma teoria jurídica do delito que se adegue às pessoas jurídicas.

A partir da teoria construtivista de Carlos Gomez-Jara Díez, que busca uma autonomização dos conceitos de conduta e culpabilidade imanentes às pessoas coletivas, verificamos que a capacidade delitiva do ente moral é funcionalmente equivalente à da pessoa individual, uma vez que ambas constituem sistemas autopoieticos providos de auto-organização, autodeterminação e autorreferencialidade.

Neste contexto, podemos reconhecer que a capacidade de domínio do fato pela pessoa individual é substituída pelo equivalente funcional da capacidade de domínio da organização e, nos espaços de liberdade da pessoa jurídica, a sua

auto-organização pode realizar-se de forma a cumprir a fidelidade ao Direito, ou de forma a não cumprir, ou, ainda, de forma a cumprir defeituosamente, incrementando riscos não permitidos, que podem realizar-se num resultado típico, lesionando os bens jurídicos penalmente tutelados.

Neste modelo, a pessoa coletiva deve responder pelas suas próprias condutas e com base na sua própria culpabilidade nas infrações ao meio ambiente, não sendo imprescindível a análise prévia do comportamento de qualquer agente individual, pois a verificação do delito dá-se diretamente a partir do comportamento da pessoa jurídica. Evidentemente que devem ser verificados os critérios de imputação elencados no art. 3º da Lei 9.605/98, quais seja, ter a infração sido cometida por decisão de representante legal ou contratual ou órgão colegiado da pessoa jurídica, em atendimento a interesse ou benefício desta.

## REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade criminal dos entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo Sousa (Coord.). **Direito Penal Económico e Financeiro**. Conferências do Curso pós-graduado de aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 227–253.

COCA VILLA, Ivó. Programas de cumplimiento como formas de autorregulación regulada? In: Silva Sanchez, Jesús-María (dir.). **Criminalidad de Empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43–72.

CARVALHO, António Crespo Simões de. **A responsabilidade penal das pessoas colectivas**. Texto dactilografado. Dissertação de licenciatura apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1934.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1

DIAS, Jorge de Figueiredo **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomo I

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português. **Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência** nº 3714 e 3720. Coimbra: Coimbra Editora: 1984.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.** Granada, n. 08, p. 1–27, 2006a.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Coord.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas contemporáneas.** Navarra: Aranzadi, 2006b. p. 93–161.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. **Política Criminal: Revista Eletrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,** Madrid, v. 5, n. 10, p. 455–475, dez. 2010.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas. Atlas: São Paulo. 2015.

HIRSCH, Hans Joachim. La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas. **Anuario de derecho penal y ciencias penales,** Madrid, Tomo 46, Fasc/Mes 3, p. 1099–1124, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich. **Also sprach Zarathustra: Ein Buch für Alle und Keinen.** [S.l.]: iBooks. Epub. Project Gutenberg, 2005.

ROCHA, Jorge Bheron. **A (In) Transmissibilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva.** Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015 a.

ROCHA, Jorge Bheron. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Código Eleitoral Brasileiro — O Artigo 336. **Revista Ballot,** Rio de Janeiro, v. 1 n. 1, p. 139–158, maio/ago. 2015.



SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.); ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo (dir.). **El derecho penal economico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 63–110.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. **Bases para um Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2003.

**JULGADOS:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 622.724** – SC. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 29/08/2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=564817&nreg=200400123188&dt=20050829&formato=HTML>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial n. 564960**. 5ª Turma, Relator: Min. Gilson Dipp, DJ: 13 jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Recurso Extraordinário n. 548.181**. Paraná, Relator: Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2013, DJ: 06 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação criminal n. 0010064-78.2005.404.7200, Oitava Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. em 11 set. 2012.



PRECIFICAÇÃO DA ÁGUA: ENTRE O  
DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À  
ÁGUA E A TRAGÉDIA DO BEM COMUM

---

*Isabella Pearce de Carvalho Monteiro*



## INTRODUÇÃO

Imaginemos a seguinte situação: Maria da Silva é prefeita de uma cidade onde habitualmente a água vem utilizada como recurso livre e disponível, as licenças de perfuração de poços e outorgas de uso da água são emitidas sem maiores critérios; as pessoas retiram e despejam, livremente, água no rio que corta a cidade, tanto para fins domésticos, como também comerciais, e o único valor que se paga é aquele do serviço de abastecimento de água — mas pela água em si, nenhum valor é pago. Ao mesmo tempo, os bairros mais carentes desse município sofrem com a precariedade da rede de abastecimento de água e com a inexistência completa de rede de esgoto.

Ao observar a situação de municípios vizinhos que estão a passar por uma grave crise hídrica — em razão da diminuição drástica do índice pluviométrico e outros fatores — Maria da Silva resolve se adiantar para evitar que tal crise atinja seu município. Consultando especialistas, eles afirmam que será necessário reestruturar toda a rede de abastecimento de água e coleta de esgoto, trocando tubulações precárias e construindo mais estações de tratamento de esgoto. Sugerem ainda que, para minimizar o desperdício, além de um amplo programa de educação ambiental, será essencial também precificar o uso da água, isto é, atribuir um valor para cada litro utilizado — valor este, frise-se, que é diverso daquele normalmente pago, o qual se refere apenas ao pagamento pelo serviço de água tratada, e não pela água em si, tanto é que as pessoas que possuem poços artesianos em suas propriedades podem extrair água dos referidos poços sem precisar pagar pela mesma.

Afirmam os especialistas que essa precificação da água ou, em outras palavras, cobrar pelo seu uso, promoverá, já no curto e médio prazo, seu uso racional e eficiente, bem como ajudará a financiar as melhorias necessárias no sistema de abastecimento. Sem uma cobrança eficaz e suficiente sobre o uso da água, a população do município continuaria a tratá-la como um recurso inesgotável, culminando na sua escassez para todos — em primeiro lugar para as comunidades mais humildes.

Entretanto, os assessores jurídicos da prefeita argumentam que a população daquele município está habituada a usar livremente a água, sem pagar qualquer valor pelo recurso em si. Então, atribuir-lhe um valor seria incoerente com o direito fundamental de acesso à água que toda pessoa possui. Esse recurso

deveria ser de acesso livre e universal e financiado pelo poder público, através da verba dos impostos, tal como ocorre com outros direitos fundamentais, como a saúde e a educação. Que coerência existe em dizer que o acesso à saúde, à educação e a outros direitos sociais devem ser livres e gratuitos e não dizer o mesmo daquele que é o elemento mais vital da existência, ou seja, a água?

Diante dessas duas visões, Maria da Silva, na condição de gestora pública, deve decidir: Deve-se cobrar ou não cobrar pelo uso da água?

O presente artigo propõe-se a analisar o referido problema econômico-jurídico. Do ponto de vista do Direito, ele pode ser traduzido da seguinte forma: a chamada “precificação” constitui um instrumento adequado para garantir o direito fundamental à água e, ao mesmo tempo, impedir a escassez dos recursos hídricos que seria um perfeito exemplo da “tragédia do bem comum”?

Passo agora a analisar os conceitos que embasam o problema e as suas possíveis soluções.

## **1. ÁGUA, O MAIS ESSENCIAL RECURSO DO MUNDO**

A água, sob qualquer perspectiva, é o mais essencial recurso do mundo. Ainda não se provou existir vida sem água, e todos os seres vivos na terra, dos unicelulares aos seres humanos, se desenvolveram e vivem a partir desse elemento, inclusive no que concerne às suas próprias composições orgânicas (no caso dos humanos, 60% da massa corpórea é composta simplesmente de água) e de seus processos vitais, como a fotossíntese das plantas, processo imprescindível para o início de toda e qualquer cadeia alimentar. Em suma, sem água não há vida que se sustente e, mais especificamente sobre a vida humana coletiva, não há civilização que floresça ou perdure.

## **2. A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E COMO EXEMPLO DE “BEM COMUM”**

Exatamente pela sua essencialidade máxima, a água no mundo jurídico é expressamente considerada como um direito fundamental, desde a Declaração Universal dos Direitos à Água do ano de 1992. Entretanto, tal classificação

nunca foi pacífica. Diversos países, em anos posteriores a 1992, recusaram-se a reconhecer a água como direito fundamental (pois tal reconhecimento poderia implicar em consequências comerciais, militares e mesmo de soberania dos países), e por essa razão as Nações Unidas, após anos de negociações, realizaram uma nova declaração sobre o tema — a Declaração das Nações Unidas sobre Direito à Água — apresentada no México em 2006 e aprovada em 2010.<sup>1</sup> Consagra o artigo 1º da referida Declaração “o direito à água potável e limpa e ao saneamento, como um direito humano, que é essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos” (UNITED NATIONS, 2010).

Na esteira da Declaração, o 6º dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável apresentados pela ONU em setembro de 2015 (que substituem os antigos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio), com prazo de implementação até 2030 e voltados para todos os países do mundo, é justamente o de “Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos” (UNITED NATIONS, 2015).

No Direito Brasileiro e Português, a água também é tratada como direito fundamental e eis que integra o conceito de meio ambiente e vem considerado como direito fundamental nos artigos 225º da Constituição Brasileira e 66º da Constituição Portuguesa.

O art. 225º da Constituição Brasileira, em particular, ao afirmar que “*Todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida...*”, expressamente insere o meio ambiente (e consequentemente a água) na categoria de “bem de uso comum”, ou seja, um bem que, em sua acepção geral, é de todas as pessoas, não possuindo “proprietários”, tal como o ar que respiramos. A concepção de “bem de uso comum”, assim, reforça, ao menos no plano das ideias, o direito fundamental à água.

### 3. A “TRAGÉDIA DOS BENS COMUNS”

Ocorre que, saindo do plano das ideias e aterrissando no plano real, os “bens de uso comum”, ou também chamados “bens comuns”, sofrem do que o autor

---

1 Uma análise mais detalhada sobre esse processo internacional de reconhecimento da água como direito fundamental pode ser conferido em BRZEZINSKI (2012) e SILVA (2011).

Garret Hardin denominou de “A tragédia dos bens comuns” no seu famoso artigo “*The Tragedy of the commons*” de 1968 (HARDIN, 1968).

São bens que, justamente por serem de todos, acabam não sendo de ninguém, e assim sofrem uma superexploração desenfreada, onde cada pessoa extrai/consome o máximo possível por saber que outras pessoas estão a fazer o mesmo. O resultado disso é que cada pessoa, ao se comparar com as outras e para não ficar em desvantagem, explora/consome o “bem comum” ao máximo, pois qualquer auto-restrição, além de ser individualmente desvantajosa, também seria ineficaz do ponto de vista prático, se não for seguida por todos.

Garret Hardin exemplificou a tragédia na seguinte parábola: um grupo de pastores de ovelhas leva todos os dias o rebanho para se alimentar num campo que não é de ninguém (ou seja, é um bem comum). Cada pastor, claro, vai deixar suas ovelhas comerem o máximo possível da vegetação do campo, para assim engordarem mais. Ocorre que, na velocidade com que as ovelhas comem a vegetação, a mesma não consegue se restaurar e assim, brevemente, chegará o dia em que toda a vegetação terá sido consumida. Um pastor pode até prever isso, mas de nada adiantará fazer com que suas ovelhas comam menos, pois a porção de pasto preservada será devorada pelas ovelhas dos outros pastores — e a ação do primeiro pastor terá sido, assim, não apenas ineficaz, como também desvantajosa para o mesmo. A única forma de impedir o consumo total do pasto será se todos os pastores acordarem entre si e controlarem o quanto suas ovelhas comem, respeitando a capacidade de regeneração diária da vegetação.

Desenvolvendo um pouco mais a ideia de Garret Hardin, proponho a sistematização da “Tragédia do bem comum” em duas categorias, ou seja, duas formas através das quais a referida “tragédia” ocorre:

- a. O bem comum, enquanto “recurso natural”, é explorado para além da sua capacidade de renovação, ocasionando a escassez daquele recurso. É justamente o caso do pasto citado por Hardin, bem como é o caso da madeira de florestas e os cardumes de peixes nos rios e oceanos. Os recursos hídricos também entram nessa categoria, quando são captados para consumo humano, como a água retirada dos rios ou do lençol freático.
- b. O bem comum, enquanto “meio receptor de resíduos”, recebe os resíduos das nossas atividades em quantidade maior daquilo que é



capaz de depurar; logo, com o tempo, torna-se saturado — o que pode significar “poluído” e/ou com suas funções ecossistêmicas alteradas. É o caso do ar atmosférico que recebe, entre outros, os gases do efeito estufa lançados em demasia, pelas atividades antrópicas, e que provocam a terrível mudança climática global. É o caso também do solo, que resta contaminado, após anos de despejo irregular de resíduos sólidos. E é finalmente, também, o caso dos corpos hídricos como rios, lagoas e mares que se tornam poluídos (e impróprios para uso humano, portanto) após o lançamento de efluentes não tratados.

Cumpra observar, assim, que a água se faz presente nas duas categorias apresentadas da “Tragédia do bem comum”.

#### **4. AS VERDADES SOBRE A ÁGUA — UM RECURSO FINITO**

Vivemos muito tempo na ilusão de que a água é um recurso abundante e ilimitado. Crescemos com a informação de que a maior parte do nosso planeta é composta de água. Convenientemente não nos lembramos, entretanto, das duas maiores verdades a esse respeito: a) O planeta Terra, apesar de ser abundante em água, é “pobre” em água doce e disponível, justamente aquela que precisamos; e b) apesar de ser um recurso renovável, o ciclo da água possui uma velocidade de renovação (capacidade de carga). Se o uso do recurso ultrapassa tal velocidade, então o mesmo torna-se escasso, podendo, inclusive, ser exaurido. Vejamos com mais detalhes cada uma dessas verdades.

Primeiramente, cumpre revelar os números. Do total de água existente no planeta, apenas 2,5% é doce, apropriada para consumo humano. Desses 2,5%, 70% são de água congelada nas geleiras, 29% está nos lençóis freáticos (passíveis de serem captados com certas tecnologias) e apenas 1%, ou seja, 0,025% do total, está acessível na superfície na forma de rios e lagos (REBOUÇAS, 2002). Para melhor visualizar tal fato, pensemos no seguinte: se toda a água do mundo coubesse em um copo d’água de 300 ml, a água doce disponível na superfície, para nosso uso, seria apenas uma única gota de água desse copo (BEER, 2015).

E alguém pode lembrar: “mas existem tecnologias de dessalinização de água que poderiam tornar a água salgada em doce”. Sim, existem, mas em escala extremamente reduzida. O custo é altíssimo e seria impossível — ao menos

num futuro de curto e médio prazo — pensar em um sistema de dessalinização capaz de atender às necessidades de água de todas as pessoas do planeta.<sup>2</sup>

Passemos à segunda verdade: capacidade de renovação. Os chamados “recursos renováveis” só conseguem ser repostos/renovados quando se respeita a velocidade de renovação daquele recurso — se tal velocidade é ultrapassada, então o recurso entrará em declínio até chegar a um ponto de escassez. Que fique muito claro: renovável *não* é sinônimo de ilimitado, inacabável.

Por essa razão, muito tem se falado em ‘pegada hídrica’,<sup>3</sup> ou seja, sobre o volume de água que cada pessoa utiliza com seu estilo de vida — entrando na contagem não apenas a água diretamente utilizada, mas também a chamada “água virtual”, isto é, a água que serviu para a produção de diversos produtos e serviços consumidos. Por exemplo, segundo relatório da FAO, um único quilo de carne bovina precisa, ao longo do processo de criação do boi, de 20 mil a 40 mil litros de água para ser produzido (FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION, 2006) — o que nos leva ao cálculo de que um único boi, de peso médio de 500 kg, irá consumir, ao longo do processo de crescimento, 10 milhões a 20 milhões de litros de água.

Se somarmos as ‘pegadas hídricas’ dos habitantes de uma região, ou até mesmo de todos os habitantes humanos do planeta, a ‘pegada hídrica coletiva’ deve estar dentro da capacidade de renovação do ciclo da água. Exatamente nesse sentido, o “uso global de água doce” foi considerado um dos nove *limites planetários* que não podem ser ultrapassados no famoso artigo “*Planetary Boundaries*”, da equipe de cientistas liderada por Johan Rockstrom. O rol de limites planetários, apresentados pelos cientistas, representa um “*limite seguro para vida humana na Terra*”, e, portanto, todas as nossas atividades devem estar condicionadas à não ultrapassagem desses limites (ROCKSTROM, 2009).

Desta forma, podemos concluir que a finitude da água na Terra faz com que, para além de ser uma representante clássica do “bem comum”, ela seja também uma representante da “tragédia do bem comum”. Usamo-la irracionalmente, confiando que ela sempre existirá, mas de repente nos damos conta que, como diz a popular analogia, chegamos “à última gota” e só notamos pela sua falta quando já está escassa, momento em que, infelizmente, a crise já se encontra devidamente instalada.

---

2 Sobre o tema da dessalinização da água, ver GUERREIRO (2008).

3 Para mais informações, ver o site da instituição: [waterfootprint.org](http://waterfootprint.org).

## 5. A CRISE HÍDRICA NO MUNDO E NAS CIDADES BRASILEIRAS

A crise hídrica, hoje, é global, mas está a afetar mais diretamente alguns países, regiões e cidades (SOMLYDOY, 2006). No mundo, 738 milhões de pessoas não possuem acesso à água potável. Metade da humanidade já vive sob o chamado “stress hídrico”, isto é, dificuldades no acesso contínuo à água (situação muito vivida, inclusive, em diversas cidades brasileiras). E a situação tende a piorar: a ONU calcula que até 2030, faltará água para 47% da população de todo o planeta (BEER, 2015). No mesmo sentido, estudo do *World Resources Institute* aponta que até 2040, uma grande lista de países enfrentará uma crise de alto risco (WORLD RESOURCES INSTITUTE, 2015).

Imaginemos a quantidade e intensidade de conflitos que nascerão e/ou crescerão num cenário de escassez de água cada vez maior. É fórmula certa para guerras e grandes ondas de refugiados ambientais — a ONU também estima que a população de refugiados no mundo estará na incrível ordem de 2 (dois) bilhões de pessoas, se atitudes não foram tomadas em diversas áreas. Em obra com o intuitivo título “A corrida pelo que sobrou” (“The race for what’s left), Michael Klare profetiza que “a água virou o novo petróleo, causa de batalhas ferrenhas. Guerras que aumentarão em número e dimensão, já que a demanda cresce enquanto a oferta diminui” (KLARE, 2012, p. 27).

No Brasil, a crise hídrica vivida em regiões que antes não a conheciam, como São Paulo e Rio de Janeiro, tem ganhado as manchetes em anos recentes. A crise hídrica sofrida na região de São Paulo tornou-se emblemática, principalmente no ano de 2015, quando atingiu o seu auge — o Sistema Cantareira, que abastece a maior parte da cidade praticamente secou, atingindo o histórico volume mínimo de 5% da sua capacidade, tendo sido usado, pela primeira vez, o seu volume morto — água considerada menos pura para consumo humano. (ESTADÃO, 2014). A população de São Paulo está, desde então, convivendo à sombra da escassez de água, cenário que, se concretizado em todo o seu potencial, afetará a economia e a vida das pessoas, na maior e mais rica cidade brasileira, de forma arrasadora.

Conforme veremos, muitos foram os fatores que levaram São Paulo à referida crise, mas o mais premente deles foi a diminuição do índice pluviométrico no ano anterior (tal como no exemplo fictício, sugerido na introdução desse artigo).

Entretanto, outras cidades do Brasil, que não sofreram drástica redução do índice pluviométrico, apresentam igualmente (e de forma constante) sintomas de stress hídrico. Na cidade de São Luís, capital do Estado do Maranhão, apesar da grande riqueza hídrica que possui, o sistema público de abastecimento apresenta problemas frequentes, deixando a população, especialmente a mais pobre, sob um constante estado de stress hídrico, com água, “dia sim, dia não”, situação que já se tornou rotineira nos bairros periféricos desta e de diversas outras cidades brasileiras.

## **6. AGRAVANTE DA CRISE: A INJUSTIÇA AMBIENTAL NO ACESSO À ÁGUA**

A situação descrita na cidade de São Luís serve também para exemplificar um sério agravante da crise hídrica: ela atinge primeira, e mais impiedosamente, populações economicamente vulneráveis, ainda que tais populações, em boa parte das vezes, sejam as que menos contribuíram para a situação de crise.

Nesse sentido, entendo que as situações de injustiça ambiental no acesso à água (e também aquelas que dizem respeito a outros recursos naturais) podem ser classificadas em dois tipos: a) Injustiça no acesso ao recurso e b) Injustiça na distribuição do ônus do dano.

A primeira injustiça é verificável na grande discrepância entre as pegadas hídricas de certas populações e/ou grupos sociais. Nos EUA, a média de consumo de água por pessoa é de 575 litros por dia. Em Moçambique, na África, essa média é de 4 litros, quase que unicamente a quantidade recomendada para ingestão diária (PNUD, 2006). O descompasso não é apenas global, mas também dentro de cada país e de cada cidade. As cidades brasileiras são um exemplo: o sistema de distribuição de água é sempre mais precário (ou mesmo inexistente) nos bairros mais humildes, o que traz o paradoxo de cidades/regiões com grande volume de água disponível, mas cuja boa parte da população possui acesso precário a esse recurso, como ocorre em São Luís.

Já a segunda injustiça quase sempre está ligada à primeira, mas não se confunde com a mesma: numa situação de crise hídrica, por mais que todos sofram, aqueles que padecem mais são geralmente os grupos mais pobres, num claro exemplo daquilo que Alexandra Aragão chama de “*danos ambientais*”

*socialmente mal distribuídos*” — quem mais sofre o dano não é quem se beneficiou da atividade provocadora do mesmo (ARAGÃO, 2008).

Nessa injusta distribuição do ônus do dano, a discrepância no acesso à água se torna ainda mais evidente — pessoas, condomínios, cidades ou mesmo países mais ricos possuem a alternativa, ainda que dispendiosa, de comprarem água oriunda de outras regiões, solução difícil, ou mesmo impossível, para os de renda mais baixa.

Novamente tomando como exemplo a cidade de São Luís, observa-se nas ruas a grande movimentação diária de carros-pipa de empresas particulares a caminho de abastecerem condomínios residenciais em bairros nobres da cidade (o que por si só revela os infortúnios da má gestão pública da água). Mas, para quem não tem sequer a condição de comprar água de um carro-pipa, a falta de acesso à água ganha contornos dramáticos. Situação semelhante ocorre em escala global: em países ricos que naturalmente padecem de falta d’água, a mesma vem importada — Hong Kong importa mais de 80% da sua água da China (BARIFOUSE, 2015) — o que não acontece nas nações mais pobres que, com o perdão da ironia, ficam a “ver navios”.

## **7. AS RAZÕES DA CRISE HÍDRICA: ESCASSEZ DE ORIGEM ANTRÓPICA E MÁ GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS**

Muitas e inter-relacionadas são as causas para a crise hídrica no mundo e nas cidades brasileiras, mas parece ser possível agrupar as mesmas em dois grandes grupos: causas relacionadas à própria escassez do recurso e causas relacionadas à má gestão da água disponível. Vejamos.

### **a) Escassez de origem antrópica**

A escassez seria a situação em que simplesmente o recurso deixa de existir ou existe em quantidade insuficiente, ou seja, não há água nos rios, nos reservatórios, nos lençóis freáticos. Essa escassez pode ser natural daquela região (por exemplo, uma região de clima semiárido) ou pode ter ocorrido por causa antrópica, como, por exemplo, o desvio mal planejado de um rio ou a superexploração do lençol freático de uma região, fazendo com que venham a secar. É o que já pode ser visto em muitos rios brasileiros que antigamente

recebiam a alcunha de “perene” e hoje apresentam quilômetros de trechos secos, bem como o emblemático caso do Mar de Aral — reservatório natural na região do Cazaquistão que, de tão grande, recebia a denominação de “Mar”, mas hoje, após uma série de desvios dos rios que o alimentavam realizados pela antiga União Soviética, secou drasticamente e está prestes a desaparecer. (NANDA; VARIS, 2003).

A escassez de origem antrópica pode ainda ser tão profunda que, além de fazer secar corpos d’águas específicos, tem o poder de alterar todo o ciclo hidrológico, incluindo o regime de chuvas de uma região. É sabido que o desmatamento de florestas está intimamente ligado à perda da umidade do ar e ao processo de desertificação. Teses recentes tem ido longe nessa questão e defendido que a floresta Amazônica possui a capacidade de gerar umidade e chuvas, nas áreas da floresta e suas adjacências, mas também de exportar essa umidade para outras áreas do continente sul-americano, vindo a funcionar como uma verdadeira “bomba d’água” que, ao lançar umidade na atmosfera, forma “rios voadores” que percorrem 3 (três) mil km do território continental. E tais “rios voadores”, ao se precipitarem na forma de chuvas, alimentam os demais rios e lençóis freáticos de boa parte do Brasil e norte da Argentina (NOBRE, 2014).

A Amazônia transpira por dia, isto é, lança na atmosfera, 20 trilhões de litros de água, cada árvore é responsável, em média, por 1 (um) mil litros diários. Toda essa umidade irá formar os rios voadores, e são as consequentes chuvas que eles carregam que impedem a formação de desertos no Brasil, diferentemente do que ocorre em outras áreas continentais do mundo — na mesma posição latitudinal que a nossa — por exemplo, os desertos e demais regiões semiáridas na África (NOBRE, 2014).

#### b) Má Gestão dos Recursos Hídricos

Mas a escassez de água muitas vezes é potencializada pela má gestão dos recursos hídricos disponíveis ou, mesmo sem escassez, a má gestão pode provocar uma crise. Comentarei alguns exemplos:

Primeiramente, o mais escandaloso caso de má gestão da água consiste na poluição de corpos hídricos por efluentes industriais e esgotos domésticos, o que inviabiliza o consumo dessa água. Dados da ONU apontam que 1500

quilômetros cúbicos de água são poluídos todos os anos, volume equivalente a seis vezes o volume de água existente em todos os rios do mundo (BEER, 2015).

No já mencionado caso da cidade de São Paulo, é certo que o índice pluviométrico foi a causa *imediata* da crise hídrica, entretanto a cidade é cortada por dois rios cujas águas não podem ser utilizadas, justamente porque estão assustadoramente poluídas — um ativista ambiental, para chamar a atenção para a poluição dos rios (e do uso que poderia ser feito dos mesmos se não fossem poluídos), resolveu praticar o esporte *stand up* nas águas do rio Pinheiros, mas, para realizar tal façanha foi obrigado a vestir uma roupa, hermeticamente fechada, em todo o corpo, pois sua vida estaria em sério risco se ele inalasse os gases que emergem da água poluída ou se caísse na mesma.

Depois, a má gestão também é notória nas perdas do sistema de distribuição, isto é, pelos vazamentos nas tubulações do sistema de abastecimento e nas residências. A média, no Brasil, é de 40% de perda de toda a água que entra no sistema, e há cidades que chegam a incríveis 80% de perda (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2010). Numa cidade onde mais da metade da água tratada, literalmente, se perde no meio do caminho, soa completamente incoerente falar em “crise hídrica” — o que existe, na verdade, é uma crise de gestão.

Mas ainda não é tudo. Há tipos de má gestão menos notórios, mas que nem por isso são menos impactantes. Por exemplo, 70% da água doce utilizada no Brasil é direcionada para irrigação das lavouras no campo. Ocorre que, a maioria dos sistemas de irrigação ainda utiliza a velha técnica da pulverização, no qual 50% da água evapora antes mesmo de atingir o solo. Uma técnica bem mais econômica seria, ao invés, a do gotejamento, que goteja água diretamente na raiz da planta. (PAZ, 2000).

Ainda tomando como referência o Brasil, 17% da água doce utilizada no país é direcionada para as indústrias — muitas das quais utilizam processos industriais defasados, quando já existem técnicas bem menos intensivas no uso de água. Um infeliz exemplo, que recentemente chamou a atenção nacional, foi a técnica utilizada pela mineradora Samarco, em Minas Gerais, consistente na dispersão dos resíduos da mineração em água, quando já existem técnicas que não necessitam de água e não criam reservatórios de lama. Se essa última técnica tivesse sido adotada, ao invés da primeira, o Brasil não teria vivenciado o rompimento da barragem de Mariana nem o despejo de 50 milhões de metros

cúbicos de lama no Rio Doce, o que deixou milhares de pessoas sem água e um rastro de completa destruição ecológica ao longo de todo o rio — razão pela qual tem se falado em “morte do Rio Doce” e no “maior desastre ecológico da história brasileira” (GUIMARÃES, 2015).

Por fim, há o desperdício direto das pessoas individuais — desde a famosa cena da “torneira aberta” até à lavagem de carro tradicional — uma única lavagem gasta, em média, 500 litros de água.<sup>4</sup> No Brasil, embora a porcentagem de água utilizada nas residências ocupe a menor fatia dos seus possíveis usos (13%), o desperdício doméstico representa o gravíssimo sintoma de ausência de consciência ambiental da população. Logo, como esperar que a população em geral apoie medidas duras, para evitar ou controlar uma crise hídrica, se ela não está, sequer, contendo o desperdício na própria residência?

Combater a má gestão do uso doméstico da água através de amplos e intensos programas de educação ambiental — direcionada não apenas para as crianças, como usualmente se propõe, mas principalmente para os adultos — é medida imprescindível para combater todas as outras formas de má gestão e escassez antrópica do referido recurso, pois, ao se conscientizarem os cidadãos, se promove/permite a adoção de instrumentos de gestão da água, os quais muitas vezes podem não ser populares à primeira vista — e é justamente o caso da “precificação”.

## **8. A NECESSÁRIA GESTÃO DA ÁGUA**

Reafirmo que a água é o recurso de maior valor útil que possuímos no nosso planeta, o mais essencial dos essenciais. Entretanto, ao mesmo tempo em que a água é e deve sempre ser tratada como um direito fundamental, e essencial à vida de qualquer pessoa, é necessário encontrar uma forma eficiente de geri-la e impedir o seu desperdício e mau uso. Que forma seria essa?

Certamente a solução engloba uma mudança de hábitos individuais para reduzir ou mesmo acabar com o desperdício e/ou mau uso, mas é primordial frisar que tais ações, em nível individual, não serão suficientes para solucionar o problema da crise d’água. Concomitantemente às ações de cunho individual, são necessárias ações em macro escala, ações de política pública, ações obrigatórias

---

4 Dado disponível em: [waterfootprint.org](http://waterfootprint.org).



que recaiam sobre toda a sociedade, independente da vontade de adesão de cada um. Em outros termos, é preciso fazer uma eficiente gestão da água, na qual as micro e macro ações são essenciais.

Para promover as ações em nível individual, entra em cena uma política de educação ambiental que conscientize para o tema, bem como instrumentos mais modernos que controlam o uso da água nas residências, nas indústrias e na agricultura, como os sistemas de reaproveitamento de água para as descargas sanitárias e a técnica do gotejamento (ao invés da pulverização) nas plantações.

Na outra ponta, a visão em macro escala é a responsável por promover uma eficiente gestão da água, através de ações como a reforma dos sistemas de captação e distribuição de água (substituir os encanamentos precários), o tratamento do esgoto, a não-poluição dos rios e lagos (ou recuperação dos mesmos, quando já se encontram poluídos), maior seletividade nas outorgas particulares para a captação de água e, finalmente, através também de instrumentos financeiros como a “precificação” — isto é, estabelecer e cobrar um valor para a água que desmotive o seu desperdício e uso irracional.

Em outras palavras, a precificação da água se propõe a ser um instrumento capaz de orientar comportamentos coletivos e individuais, forçando o consumo racional e a busca por tecnologias que utilizem menos água, tanto no setor da agricultura, quanto na indústria e na própria vida individual.

A precificação da água seria também a forma mais imediata de se controlar uma crise hídrica, esteja ela já instalada ou apenas iminente, como no exemplo apresentado na introdução. A cobrança pelo uso da água está expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, nos artigos 6º e 20º da Política Nacional dos Recursos Hídricos, e já é adotada em diversos países, como França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos (GURGEL, 2001).

## **9. O PROBLEMA: COMO CONCILIAR A PRECIFICAÇÃO DA ÁGUA COM O DIREITO FUNDAMENTAL À MESMA?**

O instrumento da precificação, em teoria, é um dos mais fáceis de executar, mas é também um dos que mais suscita discussões. Estabelecer preços adequados para bens comuns tem sido uma tática bastante utilizada para racionalizar o uso de tais bens, pois se mostra bastante eficiente nesse objetivo. No Brasil, o

exemplo mais atrelado à memória coletiva é o do racionamento de energia por conta da ameaça de apagão; racionamento este que era executado através da cobrança de altos valores, caso a família consumisse energia além do estipulado. Entretanto, aquela era uma situação de anormalidade, então as pessoas tinham a confiança que não duraria para sempre.

E em situações nas quais o bem comum deve ser, para sempre, “racionado”, no sentido de utilizado com racionalidade, evitando-se o desperdício e o mau uso? (Em teoria, todos os bens comuns deveriam ser utilizados de forma racional, mas sabemos que esse é um objetivo a ser trabalhado, etapa por etapa). Como fazer isso sem provocar a ira da população, em geral, habituada a não racionar aquele determinado bem, e sem onerar, desproporcionalmente, as famílias mais pobres? Em outras palavras, como conciliar a precificação da água com o direito fundamental que todos têm à mesma?

## **10. SUGESTÃO DE POSSÍVEIS FORMAS DE PRECIFICAÇÃO DA ÁGUA**

Apresento, agora, duas possíveis formas de precificação da água que atenderiam ao caráter de direito fundamental.

### **a) Cobrança apenas do setor da agricultura e da indústria**

Tomando os números brasileiros, uma vez que a agricultura consome em média 70% e a indústria 17% de toda a água utilizada no país, e sendo o setor doméstico responsável somente por 13% desse uso, então torna-se bastante lógica a hipótese de precificar a água somente para os setores da agricultura e da indústria, deixando o setor doméstico completamente desonerado. Dessa forma, o direito fundamental à água não seria violado, pois é justamente no uso doméstico onde tal direito é mais premente. As pessoas continuariam a pagar apenas pelo serviço de água tratada (como já o fazem na maioria das cidades), ou nem mesmo por tal serviço, em algumas situações.

O setor da agricultura e da indústria, assim, seriam aqueles sobre os quais recairia a obrigação maior de procurar técnicas que utilizem menos água para

seus processos — técnicas estas que já existem em grande número e continuam a ser criadas e aprimoradas.

Produtos que invariavelmente necessitem de muita água nos seus processos de produção tenderiam a se tornar mais caros, e se fossem produtos substituíveis no mercado, paulatinamente, perderiam espaço para outros que utilizam menos água — e que seriam, portanto, mais baratos. Estaríamos diante de um exemplo perfeito de mudanças ambientalmente positivas incentivadas pelo princípio do usuário-pagador.<sup>5</sup>

Por exemplo, um relatório da FAO provocou discussão internacional ao apontar a pecuária bovina como uma das principais ameaças aos recursos hídricos do mundo — além também de representar uma significativa parcela das emissões de gases do efeito estufa. Por essa razão, ONGs ambientalistas tem se empenhado em divulgar a relação entre o consumo de carne bovina, o desmatamento na Amazônia e a crise hídrica. Numa situação de precificação da água, assim, enquanto o preço da carne bovina tenderia a subir, produtos alimentícios que utilizassem menos água passariam a ser mais competitivos e atraentes, tanto para consumidores, quanto para os próprios produtores (GREENPEACE, 2009)

Por óbvio, os preços seriam diferentes para a agricultura e para a indústria. Por exemplo, o Estado do Ceará já está a cobrar no setor da agricultura, com resultados muito positivos, o baixíssimo preço de 1 (um) centavo por litro — preço que não onera excessivamente pequenos agricultores, já que utilizam pouca água, e ao mesmo tempo incentiva a estes e, principalmente, os agricultores de maior porte a adotarem técnicas agrícolas menos intensivas em água (MACEDO, 2000).

Vejo, entretanto, um “porém” nessa solução: a não cobrança do setor doméstico, ao tempo que é positiva por permitir que todos tenham acesso à água, para suas necessidades mais básicas, é também negativa por não incentivar a conscientização ambiental da maioria da população — e por mais eficazes que possam ser programas de educação ambiental, certamente nada gera mais atenção e suscita mais discussão do que algo que, popularmente falando, “pesa no bolso”.

Por essa razão, passemos à segunda proposta de precificação.

---

5 Para maior aprofundamento sobre o princípio do usuário-pagador e o instrumento da precificação da água, ver MARTINEZ JUNIOR (2000).

b) Gratuidade até 50 litros e cobrança com preços progressivos para todos os setores

Nessa hipótese, todos os setores — agrícola industrial e doméstico — seriam cobrados. Todas as considerações feitas a respeito do setor agrícola e industrial, na hipótese anterior continuam a valer aqui. Essa hipótese apresenta então um *plus*: permite que a precificação induza o comportamento de uso racional da água, também na vida pessoal de cada um.

“Mas e as pessoas de renda muito baixa, que não teriam condição de pagar pela água?”. Certamente essa é a pergunta imediata que todos fazem ao ouvir falar de precificação da água. Exatamente aqui volta à tona o conflito entre a precificação e o direito fundamental à água. Como resolvê-lo?

Proponho uma solução muito simples, já imaginada, inclusive, em outros locais: gratuidade do volume necessário de água para atender às necessidades mais básicas, como beber, tomar banho, cozinhar alimentos, etc. Certamente esse volume mínimo deve ser objeto de estudo e adaptado às circunstâncias de cada país/região, mas de uma forma geral, aponto o volume de 50 litros de água, já afirmado pela Organização MUNDIAL DA SAÚDE (OMS) como aquele mínimo para o atendimento das necessidades humanas básicas (OMS, 2004).

Nessa hipótese, assim, todos teriam direito à 50 litros d’água de forma totalmente gratuita — inclusive quanto ao preço do serviço de abastecimento. A partir desse volume, um preço progressivo começaria a ser cobrado por cada litro d’água utilizado, preço este que poderia vir identificado de forma separada em relação ao preço pelo serviço de abastecimento de água — tal como ocorre na cobrança de energia elétrica, na qual vem discriminado o valor consumido de energia em si e o valor do serviço de iluminação pública.

## CONCLUSÃO

Ao longo da história humana, civilizações floresceram a partir da disponibilidade de água (o que é tão bem vislumbrado na frase do historiador grego Heródoto “*O Egito é a dádiva do Nilo*”) e, ao mesmo tempo, pereceram e se extinguíram pela escassez do recurso. Sem água, morre a economia, morrem as cidades, morrem as pessoas — e pode morrer, a partir de crises sucessivas e em cadeia, uma civilização inteira.

Entretanto, a mais incrível habilidade humana é aquela de utilizar a criatividade e encontrar soluções a partir dos momentos de crise — uma situação de crise hídrica, assim, pode servir como ‘arranque’ para uma tomada de conscientização ambiental da população e para o aprimoramento geral da gestão dos bens públicos de uma cidade ou de uma região.

Maria da Silva, a fictícia prefeita que introduziu o presente artigo, já tomou, portanto, a sua decisão.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). **Abastecimento Urbano de Água**. 2010. Disponível em: <[www.atlas.ana.gov.br](http://www.atlas.ana.gov.br)>. Acesso em: 02 dez. 2015.

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista CEDOUA**, v.1, n. 22, ago./dez., Coimbra, 2008.

BARIFOUSE, Rafael. **Importar água seria uma alternativa viável para São Paulo?** BBC Brasil, 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150210\\_importar\\_agua\\_sao\\_paulo\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150210_importar_agua_sao_paulo_rb)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

BEER, Raquel. Não basta ter, precisa ser limpa. 2015. Disponível em: <<http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/ambiente/nao-basta-ter-precisa-ser-limpa-817854.shtml>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia. O direito à água no direito internacional e no direito brasileiro. **Revista Confluências**, Niterói: PPGSD – UFF, v. 14, n. 1, p. 60-82, dez. 2012.

ESTADÃO. Nível de água no Cantareira cai para 5% da capacidade. Out. 2014. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,nivel-de-agua-no-cantareira-cai-para-5-da-capacidade,1575331>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO). **La ganedería amenaza el medio ambiente**. 2006. Disponível em: <<http://www.fao.org/newsroom/es/news/2006/1000448/index.html>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

GREENPEACE. A farra do boi na Amazônia. 2009. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/report/2009/6/FARRAweb-alterada.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

GUERREIRO, M. L. **Dessalinização para produção de água potável: perspectivas para Portugal.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, 2008.

GUIMARÃES, Thiago. **Lama, lágrimas e morte: a jornada de fotógrafo no Rio Doce.** BBC Brasil, Nov. 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151125\\_fotografo\\_riodoce\\_tg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151125_fotografo_riodoce_tg)>. Acesso em: 04 dez. 2015.

GURGEL, Viviane. **Cobrança pelo uso da água: experiência internacional e nacional.** Centro de Desenvolvimento Sustentável — Universidade de Brasília, 2001. Disponível em: <[http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/iv\\_en/mesa3/3.pdf](http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/iv_en/mesa3/3.pdf)>. Acesso em: 04 dez. 2015.

KLARE, Michael. **The race for what's left: the global scramble for the world's last resources.** New York: Macmillan, 2012.

MACEDO, H. P. A experiência do estado do Ceará. A cobrança pelo uso da água. In: THAME, A. C. M. (Org.). **A cobrança pelo uso da água.** São Paulo: IQUAL, 2000, p. 29–34.

MARTINEZ JUNIOR, F. Princípio usuário pagador e desenvolvimento sustentável. A cobrança pelo uso da água. In: THAME, A. C. M. (Org.). **A cobrança pelo uso da água.** São Paulo: IQUAL, 2000, 2000, p. 115–124.

NANDA, Ved; PRING, George. **International Environmental Law and Policy for the 21 Century.** New York: Transnational Publishers, 2003.

NOBRE, Antônio Nonato. O futuro climático da Amazônia. **Revista Super Interessante**, nov. 2014, p. 38 e ss.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **O Direito à água.** Comunicado. Disponível em: <[http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief\\_por.pdf](http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

PAZ, V.P. et.al. Recursos hídricos, agricultura irrigada e meio ambiente. **Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental**, v. 4, n.3, p. 465–473, Campina Grande, set–dez., 2000.

PNUD. Relatório do Desenvolvimento Humano 2006. **A água para lá da escassez: Poder, pobreza e a crise mundial da água**. 2006. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2006\\_portuguese\\_summary.pdf](http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2015.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. et. al. **Água Doce no Mundo e no Brasil**. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha. et. al. (Org.). **Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. São Paulo: Escrituras, 2002.

ROCKSTROM, J. et. al. **Planetary Boundaries Framework**. Journal Nature. V. 461, n. 472–475, 2009. Disponível em: <<http://www.nature.com/nature/journal/v461/n7263/full/461472a.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

SILVA, Marcos Antônio. **O Direito Internacional à Água**. Universidade Autónoma de Lisboa. Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. 2011. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/marcossilva\\_dtointernacionalagua.pdf](http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/marcossilva_dtointernacionalagua.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

SOMLYDOY, L.; VARIS, O. Freshwater under pressure. **International Review for Environmental Strategies**, v. 6, n. 2, p. 181–204, 2006. Disponível em: <<http://pub.iges.or.jp/modules/envirolib/view.php?docid=2118>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

UNITED NATIONS. **Resolution on the The human right to water and sanitation**. A/64/292, 3 August 2010. Disponível em: <[www.un.org/documents](http://www.un.org/documents)>. Acesso em: 10 set. 2010.

UNITED NATIONS. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. A/RES/70/1. October, 2015. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

WORLD RESOURCES INSTITUTE. Ranking the world's most water-stressed countries in 2040. Disponível em: <<http://www.wri.org/blog/2015/08/ranking-world%E2%80%99s-most-water-stressed-countries-2040>>. Acesso em: 03 jan. 2016.





DIREITO AMBIENTAL E SOCIEDADE DE  
CONSUMO: RAZÃO E DISTANCIAMENTO  
NA PÓS-MODERNIDADE

---

*Raimundo Eloy Miranda Argôlo*



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva uma análise, sob o prisma da sociologia do direito, da inter-relação entre o direito ambiental e sociedade contemporânea — aqui tomada por sua característica designativa como sociedade de consumo. A ideia é estabelecer proposições teóricas sobre as possíveis causas da inefetividade das normas de direito ambiental em nosso tempo, ao passo que o conhecimento sobre o sistema e necessidade do equilíbrio e de racionamento dos recursos ambientais tornaram-se assunto cotidiano. Numa análise inicial, poderíamos supor que quanto mais o tema da sustentabilidade ambiental estivesse em pauta, maior seria a adesão social a este propósito, o que conseqüentemente geraria maior efetividade do direito ambiental. Como tal fórmula, rudimentar, é bem verdade, não se verifica, pelo menos, na realidade social brasileira, temos matéria suficiente para o ensaio que ora será desenvolvido.

Os fatos escolhidos são considerados emblemáticos, neste ensaio, porque retratam situações cotidianas, vividas ou ansiadas por parcela relevante da população e com implicações impactantes na sustentabilidade ambiental, em sua dimensão natural e cultural. No primeiro caso, trataremos do rodízio de carros na cidade de São Paulo e seu contexto de estratégias de (in) efetividade. No segundo caso, noticiaremos uma ação judicial, intentada por uma organização não governamental, sobre Direito de Informática contra a Apple, empresa norte-americana mundialmente conhecida pela produção e comercialização de produtos tecnológicos, acusando-a da prática abusiva, alcunhada de “obsolescência programada”.

### *Caso 1: rodízio de carros na cidade de São Paulo*

Como medida para diminuir o fluxo de carros em São Paulo, para conter a formação de longos trechos de engarrafamento, bem como auxiliar o controle de gases poluidores na atmosfera, foi criado, por lei em 1997, o rodízio de carros. Na prática, de acordo com o número da placa policial do carro e dia da semana, os veículos ficam proibidos de transitar em determinados trechos da cidade<sup>1</sup>.

---

1 Vide <http://www.cetsp.com.br/consultas/rodizio-municipal/como-funciona.aspx>

Estima-se que 20% da frota circulante da cidade é tirada das ruas, em torno de 760 mil carros por dia<sup>2</sup>, o que contribui significativamente para o equilíbrio ambiental daquela sociedade — aqui compreendido sob o ponto de vista não só natural, mas urbanístico. Medida que, numa visão geral, certamente melhora a vida de todas as pessoas, possuidoras de carros particulares ou não, visto que diminui os congestionamentos e melhora a qualidade do ar. Contudo, numa visão limitada ao plano individual daquele que vê seu direito de uso do bem particular restringido, enxergam-se as nuances, as camadas de extensão e efeito que determinada norma jurídica pode causar, no conjunto das relações sociais.

Ocorre que, a efetividade dessa medida legal acaba sendo mitigada, dentro do campo da legalidade, por uma prática burladora: adquirir um segundo carro para poder escapar da restrição imposta pelo rodízio. Prática que além de contribuir para a persistência do congestionamento urbano, ainda aumenta os danos ao meio ambiente, demandando uma maior utilização dos recursos naturais.

### **Caso 2: A obsolescência programada do Ipad 3**

O Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática moveu uma ação coletiva em favor dos consumidores que compraram o Ipad 3, um modelo de tablet da marca norte-americana Apple. Tais compradores sentem-se lesados, pois em menos de cinco meses, a marca lançou nova versão do aparelho: o Ipad 4, que por apresentar pequenas, no entanto, melhorias tecnológicas, em relação ao antecessor, o teria tornado obsoleto.

Os referidos consumidores sentem-se lesados pelo fato de terem recentemente gasto na compra de um aparelho, que teria perdido seu valor, com o lançamento de uma versão posterior, supostamente superior. Fato que, numa ótica social consumista, os impeliria a comprar a nova versão ou a suportar o status de possuidor de um modelo “antigo” ou no dizer próprio da questão “obsoleto”.

A chamada obsolescência programada é um dado importante na sociedade de consumo. Define-se como uma estratégia comercial de substituição dos produtos por novas versões em curto espaço de tempo, estimulando uma renovação do ciclo consumista pelo mesmo contingente populacional. De modo

---

2 Vide <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/09/prefeitura-estuda-adotar-rodizio-de-veiculos-em-todas-vias-de-sp.html>

que as pessoas deixam de atrelar a substituição dos produtos à necessidade, vinculando-se a uma contestável obrigação de ostentar o último modelo.

O mais curioso na ação judicial relatada é o seu pedido inicial: que a empresa seja condenar a trocar todos os Ipad 3 por Ipad 4, pagando ainda uma indenização por danos morais que os referidos consumidores teriam sofrido com este evento. Assim, o raciocínio esposado na peça inicial somente reforça o consumismo, requerendo que o Estado-Juiz chancela uma troca massiva, e inútil, de um aparelho caro, o que causará óbvios prejuízos desnecessários ao meio ambiente.

## 1. A SOCIEDADE E O DIREITO PÓS-MODERNO

A pós-modernidade é marcada por uma espécie de superação/negação da modernidade. Podem-se estabelecer marcos temporais válidos para o entendimento desse atual contexto, como por exemplo, o período pós Grandes Guerras. No entanto, é provável chegar à conclusão que essa configuração social pode não ter acontecido de forma equânime em todas as sociedades — o que impõe a concordância com os autores que afirmam existirem sociedades que ainda anseiam a chegada da modernidade.

Contudo, não se deixa de ressaltar, que talvez uma característica desse contexto pós-moderno seja sua imposição desenfreada, sem o respeito às cronologias teóricas. Essa *nouveau manière* se impõe através da velocidade de informação, através das mídias, das relações comerciais e políticas internacionais. Alguns poderão levantar a tese de que também, ao seu modo e velocidade, os ideais da modernidade também se pretendiam globalizantes.

Mesmo em sociedades que se encontram em estágios “atrasados” com relação aos direitos humanos, aos direitos sociais e econômicos, características típicas da sociedade pós-moderna se impõem com força, como ocorre com o consumismo. Um exemplo seria a importância do consumo das populações islâmicas para o sustento de marcas de luxo.<sup>3</sup>

---

3 Como exemplo, consulte-se a indicação do site oficial do governo brasileiro sobre comércio exterior: <http://mercado.foco.apexbrasil.com.br/arabia-saudita/informacoes-estrategicas/perfil-pais/oportunidades/moda> ou <https://www.knowledgeatwharton.com.br/article/alta-costura-em-alta-no-orientes-medio-apesar-dos-temores-em-relacao-a-zona-do-euro-e-da-inquietacao-nas-nacoes-arabes/>

Essa condição pós-moderna, para usar um termo de Jean-François Lyotard (2000) nasce da ruptura da tradição de que nos fala Hannah Arendt em *Entre o passado e o futuro* (1995), ou seja, a sociedade contemporânea passou a vivenciar uma série de fenômenos para os quais a tradição não oferece soluções efetivas. Essa lacuna entre o passado e o futuro nas relações sociais também se imporá, de forma interdependente, na política e no direito.

André-Jean Arnaud propõe uma contraposição de signos da modernidade e da pós-modernidade (1999), que embora sistematizados para o entendimento do fenômeno jurídico pós-moderno, por uma assumida simbiose, pode ser aplicada de forma eficiente na caracterização das sociedades moderna e pós-moderna. Desta forma, afirma-se, junto com Arnaud, que se a Modernidade foi marcada pela preponderância da abstração, do subjetivismo, do universalismo, da unidade racional, da axiomatização, da simplicidade, do Estado e da segurança, a Pós-modernidade é marcada pelo Pragmatismo, pelo Descentramento do Sujeito, relativismo, pela pluralidade de racionalidades, pelas lógicas estilhaçadas, pela complexidade, por um retorno à sociedade civil e pelo risco.

A sociedade moderna teria se caracterizado por sua pretensão universalista, tanto no plano interno quanto externo das sociedades, na qual se acreditava que através da racionalização de um projeto comum global, fruto de uma planificação das subjetividades individuais em torno de um ideal comum e incontestável estaríamos diante de uma “sociedade segura”, visto as expectativas sobre os papéis a serem exercidos na sociedade estavam devidamente assegurados por axiomas bastante claros.

A sociedade pós-moderna nasce justamente da falência desses axiomas, do estilhaçamentos das lógicas que sustentavam o ideal moderno. Essa nova sociedade já não abstrai as relações, as pragmatiza para ajustar-se ao constatado, mas também ao crescente relativismo de valores e padrões comportamentais que marcam o risco como nota distintiva dessas novas relações, intrinsecamente complexas.

O direito experimenta essa dualidade paradigmática, mas responde a esse estímulo de modo mais lento, como de costume. A nossa racionalidade jurídica ainda é assinalada pela racionalidade moderna. De modo que o direito instrumentaliza aquelas pretensões sociais, assumindo aquelas características. Importa perceber que mesmo os produtos jurídicos, pós-modernos, com o direito do consumidor e o direito ambiental contemporâneo, são gestados para orientação de relações pós-modernas, mas sobre uma base racional moderna. O

que parece gerar uma crise de legitimidade desses sistemas jurídicos quanto à sua capacidade de ordenar essas relações.

Está se falando assim de um primeiro distanciamento, o que existe entre a razão jurídica — enquanto produto típico da modernidade e razão da sociedade pós-moderna e seus clamores — por uma regulação distinta para as relações, também distintas, que vem se instaurando. Sentido em que, se o direito está assentado em uma razão abstrata, que idealiza padrões e soluções, mas a sociedade está assentada em uma razão pragmática, solucionando seus conflitos circunstanciais com medidas, também circunstancialmente mediadas pela razão, tem-se então uma crise de legitimidade do direito, que nasce de sua incapacidade de diálogo com a sociedade.

A razão jurídica é também um conceito do qual se ocupou Arnaud, em seu *Critique de la Raison Juridique* (1981). Essa razão seria fruto da apropriação do racionalismo jusnaturalista e axiomático, reflexo, mas também condição de uma sociedade que se pretendia perfeitamente organizada — em prol dos anseios e ideais de uma porção mínima da sociedade — cuja perspectiva de mundo o direito cuidou de ampliar e impor a todo o restante da sociedade.

Essa razão seria a expressão de um projeto acabado de sociedade e de direito, no qual este seria o agente organizador das forças sociais em prol do desenvolvimento, manutenção e divulgação desse projeto. Há sem dúvida uma apropriação do direito do ideário iluminista, bem como referência ao modelo de razão advogado por Kant em sua *Crítica da Razão*. Há também o desenho que o Direito assumiria pelo processo de constitucionalização do sistema jurídico, grande vetor da unicidade racional que se pretendia.

Ainda na esteira do pensamento de Arnaud (1981, p. 27), a razão jurídica seria entendida por quatro formas, que são em verdade quatro sentenças: a capacidade de condução com unidade e em conformidade com seus objetivos, o estabelecimento de um conjunto adaptado, ordenado e fechado e, por isso mesmo racional, a unicidade racional, bem como a conclusão de que os conflitos de razão nascem justamente da existência simultânea e plural de sistemas jurídicos.

Cumpra observar atentamente a última das sentenças de Arnaud, principalmente quando toca no tema conflitos de razão, que particularmente interessa a esse trabalho. Afirma o autor que tais conflitos nasceriam da pluralidade de sistemas jurídicos, ou seja, o conflito se daria entre sistemas, como um choque de legitimidade quanto ao sistema mais adequado à solução

de determinando conflito ou a regulação de dada realidade social. No entanto, os estudos que subsidiam esse trabalho indicam outra ordem de conflitos de razão, que não se daria apenas entre sistemas de razão jurídicas distintas, mas entre a razão jurídica vigente e a, aqui, chamada, razão social, como expressão do que a sociedade acredita sobre a forma de suas relações. Neste sentido, enunciaria um outro distanciamento, ainda maior entre razão jurídica, seja oficial ou alternativa e razão social.

A ideia de distanciamento das razões é a chave hermenêutica que permite compreensão da existência de pluralismo racional mesmo dentro de um sistema que se pretende, por formalidade declarada, unívoco. A grande ameaça à higidez da razão jurídica, e por consequência a sua efetividade na regulação da vida social, não é a coexistência com outros sistemas jurídicos, mas a tentativa de dialogar com uma sociedade que rechaça como válido o modelo apresentado pelo direito, seja porque não consegue acessar a esse conteúdo, seja porque simplesmente nega-lhe eficácia. Sentido em que a pós-modernidade não somente representa a lacuna entre o passado e o futuro, que nos apresentou Arendt, mas também a lacuna entre o direito e a sociedade.

Essa lacuna é próprio sentido do modelo teórico-hermenêutico do distanciamento racional que este trabalho propõe. A lacuna é a distância entre os espaços ocupados pelas diversas racionalidades dentro do próprio direito e entre a racionalidade do discurso jurídico total e a racionalidade social. Essa lacuna é justamente o obstáculo que precisa ser transposto para construção de canais de mediação suficientes ao desenvolvimento de um direito efetivo, na pós-modernidade.

## **2. RAZÃO JURÍDICA E RAZÃO SOCIAL, DISTANCIAMENTO NA PÓS-MODERNIDADE**

Boaventura Sousa Santos (1988, p. 140), em sua cartografia simbólica do direito, ressaltou a importância da dimensão espacial como fator explicativo do direito contemporâneo, em contraposição ao fator temporal, cronológico que muito bem explicava o paradigma passado. “Em tempos recentes, temos assistido a um certo renascimento do espaço e, para alguns, este renascimento é um dos sinais mais concludentes da emergência do pensamento pós-moderno”



O espaço adquire relevo neste trabalho, especialmente no tocante às distâncias entre os espaços. Veja que a distância que existe entre o discurso racional do direito ambiental e do discurso social em torno do consumo não é temporal, pelo contrário, nasce e convive cronologicamente como produtos da pós-modernidade. Essa distância é espacial, porque é determinada pelos lugares que ocupam nessa sociedade, onde fazem ou não sentido, o que demandaria uma especializada análise em diferentes países, regiões de um mesmo país ou diferentes classes socioeconômicas. Aqui merece uma nota, a de que o consumismo parece frequentar muito mais lugares que o ambientalismo, já que o percebemos marcadamente em todas as camadas socioeconômicas de uma sociedade como a brasileira, para nos restringirmos.

O consumismo se apresenta como um novo senso comum capaz de dar liga ao processo de globalização em culturas tão díspares. Já o ambientalismo acirra dissídios entre as classes, que, no contexto, se dividem entre os que já podem poupar a natureza porque já se desenvolveram e os que ainda não devem, porque tem o direito ao seu pleno. Esse discurso é assumido como válidos seja por nações, seja por indivíduos. Exemplo interessante é a participação do Brasil na Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente, 1972, que resultou numa declaração internacional sobre direitos ambientais, onde capitaneou o bloco dos chamados países subdesenvolvidos que reclamavam o direito de não cumprir as metas de economia dos recursos ambientais, porque ao contrário dos países ricos ainda precisa se desenvolver; o que demandaria a utilização agressiva dos recursos naturais.

Os casos inicialmente relatados são expressões típicas do contexto de distanciamento racional que se discutiu até aqui. Eles representam esse dissenso de mentalidades típico da pluralidade discursiva, mas também solitária da pós-modernidade, porque sendo esses múltiplos discursos incapazes de dialogar, por denominadores comuns, terminam por engendrar suas próprias soluções, que descontextualizadas, servem apenas para satisfazer os interesses individuais.

Vejamos o primeiro caso: diante da restrição imposta pela Lei do Rodízio, que impede o uso de um bem particular que traz conforto — não só físico, mas existencial — as pessoas engendram uma solução para resolver o seu desconforto, esvaziando o conteúdo legal. Não é necessário afrontar diretamente a lei, visto que a facilidade de acesso aos bens de consumo permite solucionar o problema do consumo desenfreado, pelo próprio consumo.

Quando se compra outro carro para fugir da restrição do rodízio não só se invalida a norma, no sentido da negação simples da mera ilicitude, ou seja, o usar outro carro em dia proibido para a numeração da placa. Existe, como vemos, uma estratégia que Arnaud define como desvio, um gênero de contestação do sistema jurídico. “O desvio, entendido como tentativa de transformação das normas no plano prático, vale dizer ideológico, visto como uma transgressão pela maioria conformista cuja reação é então mais ou menos viva” (1991, p. 155).

A estratégia de Arnaud parece dialogar com as proposições/conclusões que Boaventura Sousa Santos chega sobre a metodologia dos direitos locais estudados nas comunidades do Rio de Janeiro e do Recife. Ocorre que nos direitos alternativos estudados por Boaventura havia um anseio pelo jurídico, aquelas formas desviantes pretendiam a legitimidade jurídica, no sentido de se imporem como verdadeiras formas de direito. Na estratégia desviante do caso acima, isto não ocorre. O que se pretende é a anomia, o não direito, seja este oficial ou alternativo.

Em recente pesquisa, produzida e publicada pela Folha de São Paulo<sup>4</sup>, sobre a proposta do Governo Municipal de ampliar as restrições de horário e espaços do rodízio de carros, 49% das pessoas entrevistadas disseram apoiar a medida, enquanto 45% eram contra. Mais interessante é análise dos dados por camada socioeconômica, onde se deu o corte pelo meio de transporte em que, costumeiramente, utilizam e pela faixa salarial.

Por exemplo, entre as pessoas que usam o ônibus, 52% seriam a favor do rodízio ampliado, enquanto 41% seriam contra. Já entre as pessoas que usam carro, 40% seriam a favor, enquanto 57% seriam contra. De outra forma, por composição salarial, a maior discrepância está entre aqueles que ganham de 5 a 10 salários-mínimos, faixa na qual 54% seriam a favor e 43% seriam contra, em contraposição aos que ganham mais de 10 salários-mínimos, na qual 52% seriam contra e 43% seriam a favor. Note-se também que os maiores índices de indiferença à questão foram entre os 7% dos mais pobres, que ganham até dois salários-mínimos e 5% dos mais ricos, que ganham mais de 10 salários-mínimos.

Tais dados parecem sugerir que a aderência ou não ao incremento das medidas restritivas do rodízio de carros está diretamente relacionada com a

---

4 Vide <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/07/1488897-49-apoiam-rodizio-ampliado-diz-datafolha.shtml>

capacidade aquisitiva do carro, de poder comprar um segundo carro e de se beneficiar diretamente ou não desse uso. Sugerindo então que a opinião política da sociedade está diretamente ligada à sua capacidade de consumo e não aos benefícios socioambientais que decorrem dessa medida. Estima-se que um milhão de carros tenham sido comprados na cidade São Paulo com a finalidade de permitir a fuga do rodízio, segundo pesquisa contratada pelo Sindepark (Sindicato das Empresas de Garagens e Estacionamento do Estado de São Paulo) realizada no ano de 2010.<sup>5</sup> Sendo real este dado, ele praticamente anula os resultados positivos do rodízio, nos quais são estimados a retirada de 750 mil carros por dia das ruas de São Paulo.

A compra do segundo carro representa a solução jurídica, engendrada pela sociedade, com relação ao conflito que o direito instaurou entre a racionalidade ambiental e a racionalidade jurídica. Contudo, essa solução não aproxima direito e sociedade, pelo contrário os afasta. O maior grau de efetividade de uma norma como tal, está diretamente ligado ao desenvolvimento da consciência coletiva sobre os benefícios de tal lei, para que aquiesçam ao seu mandamento, mesmo quando desnecessário. O ideal é que as pessoas usem menos o carro mesmo quando possam livremente utilizá-lo e não que elas busquem meios de burlar tais restrições. Essa é a mensagem orientadora do direito, que se suspeita não chegar à sociedade ou, pelo menos, não comover a sociedade diante das facilidades que a sociedade de consumo oferece.

Demasiadamente interessante que a solução encontrada — a compra de outros automóveis — tenha sido encontrada no terreno do consumo e não em esferas da ilicitude, que também devem existir por certo. Além de se demonstrar que há não somente um jogo mais sofisticado de negação do sistema ou da razão jurídica do que a ilicitude, mas uma estratégia *interna corporis*. Tal solução reforça a identidade de nossa sociedade, que vem se organizando completamente em torno do ‘consumir ou não consumir’ como parâmetro de validade do ser.

No tocante ao segundo caso, na ação judicial contra a Apple, por obsolescência programada, estamos diante de um distanciamento da razão jurídica pela sociedade, sob uma perspectiva ainda mais sofisticada, inclusive porque busca se valer do próprio aparelho judicial para o engendramento da solução.

---

5 Disponível em: <<https://www.consorcioautomoveis.com.br/noticias/rodizio-aumenta-frota-de-carros-de-sp-em-1-milhao>>. Acesso em: 30 jan. 2016

A rechaça judicial à obsolescência programada, entendida como prática abusiva que lesa os consumidores, pode ser aplicada em dissonância com os princípios constitucionais e internacionais do direito ambiental, que orientam o desenvolvimento sustentável, ou seja, o uso racional dos recursos naturais? O mandamento judicial contra as empresas que se utilizam desta prática, para incrementar o consumo de seus produtos, deve servir para impedir ou desestimular que voltem a praticá-lo ou para premiar os consumidores com mais consumo?

Como relatado, a ação requer que o judiciário determine a troca de produtos novos em bom funcionamento, recém-adquiridos, por outros, que ostentam, segundo as próprias declarações da petição, apenas uma numeração maior, indicativa de novidade, mas sem grandes alterações substanciais. Se em uma ação contra a obsolescência programada, que estimula o consumismo inconsciente e inútil, nós requeremos que o Estado chancelo o descarte de milhares de produtos perfeitos em favor do produto causador do obsoleto, está-se corroborando a prática da obsolescência, referendando todos os valores que, inicialmente, parecia rechaçar.

Vejamos a assertividade do comentário de Bauman: “A relação tradicional entre necessidades e sua satisfação é revertida: a promessa e a esperança de satisfação precedem a necessidade que se promete satisfazer e serão sempre mais intensas e atraentes que as necessidades efetivas” (2014, p. 95). Dá-se assim, porque novamente o valor consumo para o reforço de identidade do homem, nessa sociedade de consumo, é mais relevante que impedir que empresas continuem com práticas tão abusivas, ou salvaguardar o meio ambiente da utilização despropositada de seus recursos naturais. Porque, independente da empresa Apple estar correta ou não, desse tipo de prática ser ética ou não, abusiva ou não, da nova versão do aparelho em questão ser útil ou não, se você não possuir a nova versão dele você não será um ator social relevante na sociedade de consumo. O que habilita, inclusive, a requerer indenização por danos morais como in casu.

Deste modo, uma série de conteúdos sociais e jurídicos relevantes como a ética, a abusividade, a utilidade e própria moral são esvaziadas pela relevância do consumo, que instaura uma nova lógica, um potente óbice à efetividade do direito ambiental. O direito do consumidor quando declara a hipossuficiência do consumidor, assumindo uma presunção de fragilidade dele, diante das imposições consumistas do Mercado, contribui para o esvaziamento do homem,

na sua autonomia moral e psíquica, reconhecendo ou favorecendo que ele não é mais capaz de decidir para além das exigências do contexto social. Mas também, conferindo um estatuto jurídico, que legitima os padrões dessa nova sociedade — a de consumo.

No caso relatado, por mais que a empresa tenha lançado uma nova versão em tempo mais curto do que normalmente se lança, o fez como decorrência de seu direito ao livre-comércio. Não há ilicitude *prima facie*. Mesmo porque esse fato não destrói os aparelhos da versão anterior, que continuam funcionando perfeitamente. As pessoas não precisam necessariamente correr para comprar aparelhos da versão posterior, e se assim agissem, inclusive, desestimularia gradualmente as empresas na ação que supõe-se danosa. A pergunta que resta é: que sociedade e direito são estes os quais admitem, com naturalidade, que o ser humano não possui mais autonomia de vontade, nem consciência diante do consumo?

Esta sociedade está reificando os valores e o próprio homem, que passa também a ser um ítem consumível. Este processo, que é assumido como discurso jurídico, em ramos como o do direito do consumidor, instaura uma contradição interna na razão jurídica, difícil de superar. É o processo de distanciamento entre os discursos racionais jurídicos e entre a razão jurídica e a razão social que estimula os quadros de inefetividade de subsistemas inteiros do direito, como por exemplo, do direito ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Somente a capacidade de instauração de um discurso mediador, inspirado pelas conclusões de Boaventura Sousa Santos, podem construir os elos, que permitiram o preenchimento das lacunas, das distâncias havidas entre razão jurídica e razão social, ou especialmente, entre o discurso do direito ambiental e o discurso da sociedade de consumo.

Tratar do discurso do direito ambiental é primordial, visto que, como discurso ideológico, ele é o que mais se aproxima da ideia de direito, como discurso universalmente válido. O que permite essa natureza é o diálogo que o direito ambiental trava com as ciências naturais que ainda se apresentam com essa forte tendência universalista. Como direito ambiental utiliza-se

dos conhecimentos das ciências naturais para a prescrição de muitas de suas normas, seu discurso adquire esse mesmo tom universalista. O que permite , pelo menos em algum sentido, a existência de um discurso racional fechado, centralizado em meio a conjuntura discursiva tão aberta, como a do direito na pós-modernidade. Há um bloco de conteúdo do direito ambiental com o qual não se pode negociar, porque são dados de natureza científica empírica que somente um procedimento de refutação, também empírico, pode dar conta.

## REFERÊNCIAS

ALTA costura em alta no oriente médio, apesar dos temores em relação à zona do euro e da inquietação nas nações árabes. **Knowledgeatwharton**, Pensilvânia, 11 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.knowledgeatwharton.com.br/article/alta-costura-em-alta-no-oriente-medio-apesar-dos-temores-em-relacao-a-zona-do-euro-e-da-inquietacao-nas-nacoes-arabes/>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

ARNAUD, André-Jean. **Critique de la Raison Juridique: Où va la Sociologie du Droit?** Paris: LGDJ, 1981.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Ser consumidor na sociedade de consumo**. Moriahjovem. Disponível em: <<http://moriahjovem.files.wordpress.com/2010/08/ser-consumidor-numa-sociedade-de-consumo-zygmunt-bauman.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

CET. Rodízio municipal: como funciona. CETSP, São Paulo, Disponível em: <<http://www.cetsp.com.br/consultas/rodizio-municipal/como-funciona.aspx>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MONTEIRO, André. 49% apoiam rodízio ampliado, diz Datafolha. **DATAFOLHA**, São Paulo, 21 jul. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/07/1488897-49-apoiam-rodizio-ampliado-diz-datafolha.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

PREFEITURA estuda adotar rodízio de veículos em todas as vias de sp. **G1 Portal de Notícias**, São Paulo, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/09/prefeitura-estuda-adotar-rodizio-de-veiculos-em-todas-vias-de-sp.html>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

RODÍZIO aumenta frota de carros de SP em 1 milhão. **Consórcio de Automóveis**, São Paulo, 10 mai. 2010. Disponível em: <<https://www.consorcioautomoveis.com.br/noticias/rodizio-aumenta-frota-de-carros-de-sp-em-1-milhao>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica das Ciências Sociais**, Coimbra, v. 24, p. 139–172, mar. 1988.





DISSENSÕES ENTRE OS USOS E AS  
REPRESENTAÇÕES DE UM ESPAÇO URBANO:  
UMA ANÁLISE DO BAIRRO PRAIA DE IRACEMA

---

*Roselane Gomes Bezerra*



## INTRODUÇÃO

Um tema importante para pensar a cidade de Fortaleza é o papel das políticas urbanas e a relação com os habitantes da cidade, no tocante a participação da população na elaboração de políticas públicas. Segundo o arquiteto, professor do curso de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal do Ceará (UFC) e ex-superintendente (Iphan) do Ceará, Romeu Duarte, “As pessoas confundiram participação popular com colocar as pessoas para fazer um Plano Diretor. Há um determinado momento em que ele deve ser feito por especialistas. É para isso que existem arquitetos, urbanistas, sociólogos. Foi exatamente o que não aconteceu e que levou a um fracasso completo da proposta da Prefeitura”<sup>1</sup>.

Essa narrativa do arquiteto Romeu Duarte, de 2008, foi aqui introduzida para falar sobre um espaço da cidade de Fortaleza — que considero exemplar para entender a dissensão entre usos e representações de um espaço urbano e também para falar sobre a falta de participação no planejamento urbano e o efeito dessa omissão na reconfiguração da cidade — em termos espacial, ambiental e social.

Esse espaço, aqui definido como um caso exemplar, é o bairro Praia de Iracema. As intervenções urbanísticas implementadas nesse bairro, nos anos 1990, por meio de projetos de “requalificação”, podem ser avaliadas como responsáveis por diversos problemas estruturais e sociais, com consequências danosas para a cidade de Fortaleza<sup>2</sup>.

Para entender o contexto de transformação desse espaço e perceber como políticas de requalificação acarretaram conflitos e degradação social e espacial é importante apresentar a relação entre esse bairro e a cidade de Fortaleza. É importante ressaltar que diversos autores entendem esse processo de transformação urbana como uma espetacularização dos espaços e que tal fenômeno conduz ao consumo dos lugares, gerando dissensões entre usos e representações na cidade (DEBORD, 1997; FEATHERSTONE, 1995; HARVEY, 1992; JAMESON, 1997; LA CECLA, 2011 e LEACH, 2005). Nesse

---

1 Fonte: O Povo: Espaços urbanos – Participação e planejamento. Publicado em 8 maio de 2008, <http://ceara.over-blog.net/article-18700833.html>

2 Sobre o processo de requalificação urbana contamos com uma ampla bibliografia, especialmente de autores que brasileiros que analisam essa questão a partir das peculiaridades das nossas cidades, como: ARANTES, 2011; LEITE, 2004 e 2009; PEIXOTO, 2009; RUBINO, 2009.

sentido, considero importante identificar algumas fases da história desse bairro que contribuíram para consolidá-lo como ícone do lazer e boemia. A trajetória desse bairro apresenta acontecimentos que foram importantes para justificar as políticas de intervenção, que ocorreram nos anos 1990.

## **TRAJETÓRIAS DE UM BAIRRO EMBLEMÁTICO**

Falar do bairro Praia de Iracema é narrar sentimentos relacionados ao lazer e a boemia, esse bairro, que já inspirou poetas e escritores, tem como uma de suas características a existência de fases que transitam entre o apogeu e a decadência. Podemos eleger como uma primeira fase da história desse bairro, o seu “nascimento oficial” e simbólico que se deu em decorrência de novos usos e apropriações, por parte da elite econômica de Fortaleza, no início do século XX.

Esse espaço da cidade, denominado como Praia do Peixe, no início do século XX, era ocupado por pescadores. A faixa de praia, que hoje é conhecida como Praia de Iracema, era também denominada como Praia Formosa, Porto das Jangadas ou Grauçá. Com a ocupação dessa praia por pessoas da elite de Fortaleza, que passaram a praticar o banho de mar como medida terapêutica, esse espaço começou a ser identificado como um lugar encantador e bucólico. Já nos anos 1920, a prática do banho de mar tornou-se uma opção de lazer na cidade. A construção de casas alpendradas ou do tipo bangalôs, de frente para o mar, também contribuiu para a transformação da representação da praia, passando a ser associada não só ao local de trabalho de pescadores.

Com a consolidação desse espaço como uma praia de veraneio e também como uma estação balnear existiu uma “necessidade” de uma nova denominação. Neste sentido, a jornalista Adília de Albuquerque projetou a ideia de que fosse erguido, na praia, um monumento a Iracema, em homenagem à heroína do romance de José de Alencar, e alguns meios de comunicação passaram a sugerir uma outra denominação, desqualificando a denominação Praia de Peixe.

Motivados pela imprensa, os moradores do bairro já haviam encaminhado ao então prefeito de Fortaleza, Godofredo Maciel, um abaixo-assinado para oficializar esta mudança de nome para Praia de Iracema. Com a nova designação, as ruas ganharam nomes de etnias indígenas como, Tabajaras, Pacajus, Arariús, Potiguaras, Groaíras, Cariris, Tremembés e Guanacés.

Após o apogeu, caracterizado por usos e apropriações por parte da elite da cidade, a Praia de Iracema vivenciou um sério problema decorrente do avanço do mar e a consequente destruição de algumas residências à beira-mar. Esse fato ocorreu devido as obras de construção do porto do Mucuripe, nos anos 1950.

Com o avanço do mar, tem início uma segunda fase na trajetória desse bairro. Nesse sentido, a partir da década de 50 até o final dos anos 80, a Praia de Iracema, mesmo apresentando uma degradação espacial, decorrente da destruição causada pelo avanço das marés, tornou-se conhecida como o lugar de boêmios, artistas e intelectuais. O avanço das marés transformou espaços do bairro em áreas degradadas e em ruínas. Mas, com essa nova configuração, novos usos foram se constituindo, contribuindo para a representação desse bairro como um lugar boêmio.

Novas sociabilidades, em torno do lazer e do banho de mar, foram sendo consolidadas no bairro. Surgiram também diversos bares, restaurantes, clubes e hotéis, como por exemplo, o Iracema Plaza Hotel, o Jangada Clube, o Praia Clube, o Gruta Praia e o Restaurante Lido que permaneceu no bairro até os anos 1970. Entre os novos bares foram surgindo o Tonny's Bar, El Dourado, Nick Bar e Jangadeiro.

O Restaurante Estoril, que começou a funcionar desde 1948, na antiga residência da família Porto, onde funcionara também o cassino dos americanos, tornou-se um espaço que atraía os boêmios seresteiros da cidade. Durante alguns anos, esse restaurante congregou pessoas identificadas com o meio artístico e a intelectualidade boêmia<sup>3</sup>.

Um outro local importante para essa fase da Praia de Iracema é a Ponte dos Ingleses, conhecida como "Ponte Metálica". Essa ponte teve a sua construção iniciada em 1920 por engenheiros da empresa inglesa Norton Griffts, daí a denominação Ponte dos Ingleses. Seu objetivo era suprir as necessidades da demanda de desembarque da Ponte da Alfândega, nomeada na época como Ponte Metálica. Nos anos 1970, 80 e até o início da década de 90, a sua ocupação foi intensificada também por jovens universitários para contemplação do pôr do sol.

Instalado em 1985, o Cais Bar foi um outro lugar do bairro Praia de Iracema que se transformou num dos referenciais da boemia. Assim como o Pirata, que foi inaugurado em 1986, como um restaurante — mas nos anos seguintes se

---

<sup>3</sup> Algumas informações sobre a fase boêmia da Praia de Iracema podem ser consultadas na dissertação de Schramm (2001) e no livro de Bezerra (2009).

transformou em casa de show. Em meados dos anos 1980, foi fundado também na rua Pacajus, a Casa do Mincharia, que era um bar e restaurante de acesso restrito aos sócios. Nessa época, também foi aberto o restaurante La Trattoria. Havia outros estabelecimentos nas ruas adjacentes do bairro, como o restaurante La Belle Époque, na rua dos Tremembés; o Hawai Drinks Bar, AP-134 e o Cabaré da Rita, na rua dos Potiguaras. Na rua dos Tabajaras, além do Estoril, havia o restaurante Gettys, um dos mais sofisticados do bairro.

Mesmo apresentando uma degradação espacial na parte costeira do bairro, e abrigando algumas ruínas, ainda decorrentes do avanço do mar, o bairro Praia de Iracema tornou-se, nos anos 1980 e 90, um lugar ícone da boemia da cidade. Frequentado especialmente por pessoas intelectualizadas, como artistas, políticos de esquerda e jovens universitários.

Em um terceiro momento, a partir da década de 90, esse espaço da cidade viveu mais uma ruptura, sendo apropriado por grandes intervenções por parte do poder público e também pela iniciativa privada e tornou-se a “PI”, um lugar “requalificado”, que passou a ser disputado por habitantes da cidade, moradores do bairro, comerciantes e turistas. Segundo relatos de antigos moradores, nesse período iniciou-se um novo momento da boemia da Praia de Iracema, a qual descrevem como “boemia high tech”, “nova boemia” ou “modernização da boemia”.

Essa terceira fase pode ser definida como o marco simbólico das dissensões entre usos, representações e participação nas políticas de intervenção. Nesse sentido, o final dos anos 80 e início dos anos 90 demarca o ápice da disputa administrativa entre os governos estadual e municipal, com interesse em atrair a atenção de moradores da cidade e de turistas para suas obras de intervenção. O bairro Praia de Iracema tornou-se a “vitrine” destes modelos administrativos, que apresentavam como objetivo intervir no espaço urbano, transformando áreas “degradadas” em lugares de lazer, cultura e turismo.

Um outro fator de transformação nos usos e apropriações desse espaço da cidade foi a construção de prédios com mais de dez pavimentos, modificando sua harmonia arquitetônica, composta até os anos 80 por casas térreas e sobrados. Ainda no início da década de 1980, a construção destes grandes edifícios de apartamentos era noticiada, nos meios de comunicação, por meio de termos como *ameaça*, *especulação imobiliária* e *afrenta* à paisagem do lugar.

As ameaças de mudanças no uso e ocupação do solo na Praia de Iracema, que se iniciou nos anos 80, concorreram também para uma mobilização dos

moradores, no sentido de deter esse processo. Segundo um morador, “a Associação de Moradores da Praia de Iracema/AMPI [fundada em 1984] organizou um grande movimento pela sua preservação, com adesão de artistas e intelectuais”. Acrescenta ainda que o objetivo da AMPI era o ordenamento da ocupação do solo: “a luta era contra a especulação imobiliária [...], era preservar aqui e agora; a nossa luta era ecológica, era sobre o uso e ocupação do solo, o zoneamento e as leis” (Entrevista concedida em 19 de maio de 2005). Seu discurso demonstra que, além de uma preocupação em preservar a “identidade” deste lugar, que possuía como característica ser um bairro residencial e freqüentado por “artistas e intelectuais”, existiu também a busca da preservação ambiental.

Antigos moradores do bairro relataram que, antes do início das intervenções, representantes do governo convidaram os moradores para apresentar as propostas de intervenção e estes convidaram representantes do Instituto de Arquitetos do Brasil, no Ceará/IAB–CE, para avaliar as propostas do governo. Segundo um arquiteto e urbanista que estava presente nessa reunião, a idéia dos administradores estaduais era transformar a Praia de Iracema num local turístico. Foi defendida a idéia de que este bairro “era um lugar atrativo devido à sua história, localização e fama decorrente da presença do Estoril, que proporcionou uma imagem de boemia ao bairro”. A Praia de Iracema foi definida pelos gestores como um lugar com “vocação natural para o lazer” (Entrevista com arquiteto do IAB–CE — 22 de março de 2007).

Para o artista plástico Hélio Rôla, antigo morador da Praia de Iracema, a urbanização iria trazer impacto ambiental “na natureza e na natureza humana”. E por esse motivo os moradores deveriam ser ouvidos para discutir como a urbanização iria beneficiar a todos. Era necessário vincular a apreciação do projeto à poluição sonora, à disciplina do trânsito e ao cumprimento de Código de Obras e Posturas do Município.

Segundo um outro antigo morador, nesse período um grupo de arquitetos e urbanistas da cidade, fizeram um projeto de como deveria ser o bairro, respeitando aspectos ambientais e sociais e também como deveria ser a relação com o turismo, mas esse projeto nunca foi efetivado.

Esses moradores relatam ainda que a AMPI, juntamente com a IAB–CE, conseguiu a aprovação de uma lei estabelecendo o bairro como ZE (Zona Especial — Área de Interesse Urbanístico), com o objetivo de sustar a especulação imobiliária em curso e estabelecer diretrizes para compartilhar os usos residenciais, de lazer e de turismo. Mas, por falta de regulamentação

desta lei, alguns edifícios com mais de dez pavimentos, foram construídos no núcleo costeiro do bairro.

Nesse período, eram comuns matérias jornalísticas que ilustravam esse processo de mudanças por meio de um discurso agonístico, como pode ser visto nos seguintes títulos do jornal *O Povo*: “Praia de Iracema contra a força da grana que ergue e destrói coisas belas” (02/08/84); “Praia de Iracema — reduto histórico e cultural em busca de sua preservação” (16/11/84); “Entidades vêm ameaça à Praia de Iracema” (28/07/85); “Praia de Iracema: saudade e resistência” (02/08/85); e “Praia de Iracema perde sua identidade” (20/11/85). Lê-se nestes títulos a alegoria do “adeus”, por meio de palavras como destruição, ameaça, saudade e perda, enquanto os léxicos preservação e resistência são utilizados para se referir à busca de uma preservação do bairro como patrimônio material e simbólico da cidade.

A urbanização do núcleo costeiro do bairro, que originou o “calçadão”, foi a primeira intervenção governamental na Praia de Iracema, e pode ser definida como uma obra capaz de tornar aparente, ou visível, a representação do lazer e da “boemia”, já associadas ao bairro. Em seguida veremos que a reforma da Ponte dos Ingleses foi uma outra iniciativa que objetivou dar visibilidade à Praia de Iracema, enquanto um “lugar turístico”. Definida pelo arquiteto Fausto Nilo, um dos realizadores do projeto, como a primeira parte de um projeto mais amplo de “requalificação” do bairro — que interligaria a “velha ponte” ao Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura<sup>4</sup> — esse equipamento teve como objetivo abrigar novas sociabilidades, especialmente como lugar de contemplação para novos visitantes.

O Estoril, destacado em diferentes narrativas da cidade como ícone da “boemia”, tornou-se, após seu desmoronamento em 1994, e reconstrução em 1995, um elemento simbólico da história do bairro e da cidade. A Praia de Iracema “turística” reafirmou a representação da boemia por meio da instalação de diversos bares e restaurantes localizados nas ruas e becos estreitos do bairro. Restaurantes franceses, cantinas italianas, barzinhos e botecos recriavam o tom da boemia que poderia ser vista, ouvida e degustada. O Pirata, com um forró na segunda-feira, se tornou rapidamente uma grande atração do bairro.

---

4 O Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura começou a funcionar no dia 8 de agosto de 1998, em caráter experimental, sendo inaugurado oficialmente no dia 28 de abril de 1999.



Estrategicamente, organizado, esse ambiente passou a animar, com muito som, as noites de um dia em que até mesmo os turistas não têm muita opção.

A liberação de alvarás para comércios, sem nenhuma restrição, desencadeou, segundo um empresário do bairro, um processo de monofuncionalidade. Segundo esse empresário, após a construção do calçadão, a Praia de Iracema se tornou atração de turismo e lazer, mas faltou um planejamento, “uma proposta comercial” para a ocupação deste espaço, acarretando usos e apropriações de caráter efêmero.

Nessa disputa pelo espaço de Iracema emergiu um clima de rivalidade entre os antigos proprietários de bares e os investidores, recém-chegados ao bairro. No cerne da polêmica estava também uma re-apropriação da representação da “boemia”. Em meio a este fato, a mídia passou a dar visibilidade a essa disputa e aos problemas causados pela grande quantidade de pessoas, que adentravam ao bairro, noticiando argumentos de antigos e novos comerciantes na defesa do seu espaço.

Após esse período de apogeu, novos usos e apropriações vão contribuir para a construção de uma nova fase na Praia de Iracema. Nessa quarta fase, que começa no final dos anos 1990, teve início uma degradação espacial por falta de manutenção dos espaços públicos, falta de segurança e predominou a ocupação por turistas, identificados pela população local como “gringos”, nesse período, o bairro passou a ser classificado como um lugar de prostituição.

Os turistas estrangeiros começaram a chegar a Fortaleza ainda na década de 1980, provenientes de outros estados do Nordeste<sup>5</sup>, principalmente da cidade de Recife<sup>6</sup>. Em Fortaleza, o pouso de vôos internacionais começou no início da década de 1990, com um vôo direto da Varig ligando Fortaleza a Milão. Segundo um empresário, estabelecido na Praia de Iracema há quase vinte anos, esse vôo foi o início de uma representação negativa do turista estrangeiro em Fortaleza.

Além da identificação dos turistas estrangeiros com a prostituição, os moradores da Praia de Iracema os associaram também à presença de pessoas marginalizadas socialmente, como meninos em situação de rua e vendedores

5 Nesta época, a cidade de Fortaleza ainda não possuía um aeroporto internacional.

6 Piscitelli (2001) informa que, no ano de 1987, uma matéria do jornal *New York Times* chamava a atenção para o aumento de bordéis na cidade do Recife, decorrente dos vôos internacionais que desembarcavam na capital pernambucana.

ambulantes. Como alega essa moradora: “O gringo traz o taxista, traz a prostituta, traz o menino de rua, traz os vendedores ambulantes, traz tudo porque o dinheiro é o que manda, é o dinheiro que traz tudo isso entendeu?” (Entrevista com uma moradora, que sempre residiu na Praia de Iracema, concedida em 19 de maio de 2005).

A instalação de alguns estabelecimentos, conotados como de favorecimento a prostituição, também contribuiu para as representações deste bairro como um “lugar degradado” ou “lugar de prostitutas e gringos”.

A deterioração começou por quê? Porque, em primeiro lugar, deixaram construir o África's [boate identifica pelos moradores e pelos meios de comunicação social como lugar de favorecimento à prostituição] (...) a gente fez toda uma campanha pro África's não se instalar porque a gente pensava assim: no dia que o África's vier, se vier um puteiro, vem todos os puteiros da praia. foi dito e feito. Veio o África's, depois o Desigual [outra boate associada ao favorecimento à prostituição] inchou porque já tinha o África's com o Desigual. Depois apareceu o Vagão Plaza [boate com show de stripper] (Entrevista concedida em 27 de Abril de 2005).

Como consequência dessas novas apropriações espaciais, o ano de 2003 foi marcado pelo encerramento de estabelecimentos tradicionais do bairro, como a Casa do Mincharia<sup>7</sup>, o Cais Bar inaugurado em 1985, e o restaurante La Trattoria, que funcionava desde 1981. O depoimento do proprietário da pizzaria Geppo's, que também encerrou suas atividades neste ano, resume o sentimento dos demais comerciantes que fecharam seus negócios: “saí de lá porque nosso negócio é para a família, que não frequenta mais a Praia de Iracema. Porque virou prostíbulo” (*O Povo*, 26 de Maio de 2003).

As mudanças nos usos e apropriações desse espaço da cidade produziram uma representação estigmatizada do bairro Praia de Iracema, figurado desde a sua gênese como reduto bucólico e boêmio de Fortaleza. Segundo uma moradora, este período foi marcado por uma intensa mobilização de protestos, inclusive por meio de grandes faixas, nos muros do bairro, que denunciavam e protestavam contra a prostituição e tráfico de drogas, como por exemplo:

---

7 A Casa do Mincharia foi fundada por amigos do Sr. Antonio Aurilo Gurgel Nepomuceno, comerciante ligado ao universo boêmio da Praia de Iracema, falecido em 1985 e cujo apelido era Mincharia. Nesta casa, sediada na Rua dos Pacajus, 20, funcionava um bar e restaurante de acesso restrito aos sócios. Após a urbanização do calçadão, o largo, defronte a esta associação, passou a denominar-se Largo do Mincharia.

“Praia de Iracema: turismo sim, prostituição não”; “Praia de Iracema: alegria sim, drogas não” e “Turismo familiar sim, sexual não”.

Mais recentemente, nas primeiras décadas do século XXI, novos projetos de requalificação para a Praia de Iracema foram apresentados à população. Teve início a fase que denomino como de “re-requalificação”, com a apresentação de diversos projetos de intervenção, como a reforma do calçadão e o início das obras para a construção de um grande equipamento, o “Aquário Ceará”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descrição dos processos de intervenções e transformações no bairro Praia de Iracema — presente nesta reflexão sobre dissensões entre os usos e as representações de um espaço urbano — mostrou não só a apropriação do passado como justificativa para projetos de requalificação, mas também pôs em evidência que a falta de planejamento e participação, nos processos de intervenção urbana, acarretam graves consequências para a cidade. A falta de diálogo entre a população, atores qualificados, como arquitetos, sociólogos, antropólogos e gestores foi um fator que contribuiu para o processo de degradação ,quase instantânea, após as intervenções nesse bairro.

Alimentar-se do passado para justificar projetos de requalificação, sem atenção aos usos quotidianos, ou seja, as pessoas que habitam, trabalham ou utilizavam o bairro como espaço de lazer, e também, sem ouvir profissionais qualificados, especialistas em estudos urbanos de diferentes áreas, demonstrou, nesse caso específico, a emergência a uma nova “catástrofe”, tal como ocorreu nos anos 1950, com a destruição da praia, causada pelo avanço das marés. Nesse caso, mais recente, os danos, além de ambiental, foram também espacial, social e econômico.

A transformação de um espaço urbano não se dá sem planejamento e estudos qualificados — especialmente estudos etnográficos, pois essa prática de pesquisa proporciona o conhecimento profundo — a partir das pessoas que vivem o território a ser transformado.

Esse breve ensaio também teve como finalidade demonstrar que políticas públicas de planejamento urbano devem ser cada vez mais valorizadas pelos gestores das cidades. Todo o esforço ,que demanda as políticas que incentivam

o turismo e o lazer na cidade, devem ser acompanhadas de políticas que gerem o cotidiano nos espaços públicos e privados da cidade.

## REFERÊNCIA

- ARANTES, Otília B. Fiori. **Urbanismo em fim de linha**. São Paulo: Edusp, 2001.
- BEZERRA, Roselane Gomes. **O bairro Praia de Iracema entre o “adeus” e a “boemia”**: usos e abusos num espaço urbano. Fortaleza: Laboratório de Estudos da Oralidade – UFC; Expressão Gráfica, 2009.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. São Paulo: Studio Nobel, 1995.
- HARVEY, David. **A condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Ática, 1997.
- LA CECLA. **Contra a arquitetura**. Casal de Cambra: Caleidoscópico, 2011.
- LEACH, Neil. **A anestésica da arquitetura**. Lisboa: Antígona, 2005.
- LEITE, Rogério Proença. **Contra usos da cidade**: lugares e espaço público na experiência urbana contemporânea. Campinas, SP: Unicamp; Aracaju, SE: UFS, 2004.
- LEITE, Rogério Proença. “Espaços públicos na pós-modernidade”. In: FORTUNA, Carlos; LEITE, Rogério Proença (Org.). **Plural de cidade**: novos léxicos urbanos. Coimbra, Almedina, 2009. p. 187–204.
- PEIXOTO, Paulo. Requalificação urbana, In: FORTUNA, Carlos; LEITE, Rogério Proença (Org.). **Plural de cidade**: novos léxicos urbanos. Coimbra: Almedina, 2009. p. 41–52

PISCITELLI, Adriana. **Entre gringos e nativos**: masculinidade no contexto do turismo sexual em Fortaleza. Trabalho realizado com a colaboração de Jane Guedes Horta. Relatório final de pesquisa apresentado ao PRODIR III. Fortaleza, impresso, 2001.

RUBINO, Silvana. Enobrecimento urbano. In: FORTUNA, Carlos; LEITE, Rogerio Proença (Org.). **Plural de cidades**: léxicos e culturas urbanas. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 25–38.

SCHRAMM, Solange Maria de Oliveira. **Território livre de Iracema**: só o nome ficou? Memórias coletivas e a produção do Espaço na Praia de Iracema. Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Ceará, 2001.

#### JORNAIS

ENTIDADES vêm ameaça à Praia de Iracema. **O Povo**, Fortaleza, 28 de julho de 1985.

PARTICIPAÇÃO e planejamento. **O Povo**, Fortaleza, 8 de maio de 2008.

PRAIA de Iracema contra a força da grana que ergue e destrói coisas belas. **O Povo**, Fortaleza, 2 de agosto de 1984

PRAIA de Iracema — reduto histórico e cultural em busca de sua preservação. **O Povo**, Fortaleza, 16 de novembro de 1984.

PRAIA de Iracema: saudade e resistência. **O Povo**, Fortaleza, 2 de agosto de 1985.

PRAIA de Iracema perde sua identidade. **O Povo**, Fortaleza, 20 novembro de 1985.

TÚLIO, Demitri; ILO, Humberto. SOS Praia de Iracema. **O Povo**, Fortaleza, 26 de maio de 2003.



BELO MONTE: A (FALSA) DICOTOMIA ENTRE  
DIREITOS HUMANOS — DESENVOLVIMENTO  
X COMUNIDADES TRADICIONAIS

---

*Elisabeth Massoud Salame da Silva*  
*Fernando Alberto de Almeida Campos*  
*Maria Stela Campos da Silva*





## INTRODUÇÃO

Em tempos de renegação de dicotomias ante a valorização acadêmica da inter e transdisciplinariedade; em tempos em que as dicotomias são consideradas por alguns como resultados de análises enviesadas pela desconsideração da pluralidade de situações econômicas, sociais e ambientais que muitas questões suscitam (SANTOS, 1990); novas situações fáticas surgem para demonstrar que muitas vezes, no dia a dia, as dicotomias voltam à discussão. Mas seriam mesmo verdadeiras dicotomias?

A situação observada durante toda a operação de implementação da Usina de Belo Monte estampa a colisão de direitos humanos extremamente críticos e valiosos para a sociedade contemporânea, direito ao desenvolvimento, face a proteção às comunidades tradicionais que vivem do território afetado pelo empreendimento.

Os meios de comunicação de uma forma geral veiculam notícias que demonstram de um lado o poderio do Estado brasileiro, optante de uma matriz energética que entende sustentável (a quarta menos poluente, atrás da nuclear, eólica e de biomassa)<sup>1</sup> e absolutamente imprescindível, não apenas ao desenvolvimento econômico do país, mas também ao social, tendo em vista o aumento crescente do consumo de energia, gerando um déficit de fornecimento resultante no elevado custo do serviço. Assim, a grande maioria da população brasileira clama por medidas a serem tomadas pelo Governo Federal para minorar os problemas energéticos do Brasil, evitando-se novos “apagões”, como os ocorridos entre os anos de 2001 e 2002, e reduzir os valores tarifários<sup>2</sup>.

De outro lado, como cerne de direitos a serem protegidos, estão os inerentes aos povos indígenas e ribeirinhos, estes que possuem formas de vida singulares, extremamente dependentes e ligados à sua relação com a terra, onde nasceram e aprenderam a viver.

---

1 Energia Limpa. A decisão de usar energia hidrelétrica para ampliar a matriz energética nacional foi orientada pelo compromisso assumido pelo Brasil, em 2009, de reduzir as emissões de CO<sub>2</sub> entre 36,1% e 38,9% até 2020. A hidrelétrica de Belo Monte ajudará a manter a posição atual do Brasil como uma das matrizes energéticas mais limpas de todos os países industrializados, com 46% da energia proveniente de fontes renováveis. Projeto da Usina de Belo Monte – Fatos e Dados – fev. 2011. Disponível em: <[www.mme.gov.br](http://www.mme.gov.br)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

2 Segundo a FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, só nos 3 primeiros meses de 2015, o Brasil passou de sexto lugar para o primeiro lugar no ranking dos países com maior custo médio de energia para a indústria, no mundo, pois nesse período houve aumento de 48% do preço. Disponível em: <[www.firjan.com.br](http://www.firjan.com.br)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Reativamente aos indígenas, as terras destas comunidades tradicionais possuem um caráter primordial para que a continuidade de suas famílias seja possível, uma vez que existe um vínculo cultural e espiritual muito forte para com o território que habitam há séculos. Os direitos inerentes a estas comunidades estão diretamente ligados à sua própria existência, a qual só pode ser considerada digna se for mantida com as mesmas características existentes desde muito tempo. As questões de alimentação, mobilidade, saúde, dignidade, liberdade, família, residência, cultura, e a vida em si, estão intrinsecamente ligadas àquela terra afetada pelo projeto de hidrelétrica, de modo que o afastamento, por si só, do território ancestralmente ocupado já caracterizaria uma violência às tribos afetadas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos recorrentemente defende a necessidade de especial atenção à ligação das comunidades tradicionais para com suas terras ancestrais, vez que a proteção destas coletividades fragilizadas não pode ter um viés apenas econômico, mas sim, uma observação complexa dos direitos humanos dos grupos afetados, especialmente quanto ao desenvolvimento cultural e social, estando estes extremamente ligados na relação existente com a própria terra.

Um dos principais órgãos defensor dos direitos dessas comunidades é o Ministério Público Federal, que ao longo de todo o processo de concessão, construção e implantação da hidrelétrica de Belo Monte participa de audiências públicas promovidas seja pelo Estado, seja por organismos da sociedade civil. O referido órgão também propõe ações buscando a salvaguarda desses direitos.

Contudo, desde o início das obras em 2009 até agora, o que se vê é uma série de reclamações de todas as partes envolvidas.

Daí o presente artigo que visa questionar a forma polarizada em duas frentes dicotômicas de direitos, na tentativa de identificar uma via alternativa que propicie a harmonização desses direitos.

## **1. OS POVOS AFETADOS E A DEFESA DE SEUS DIREITOS**

Os direitos dos povos indígenas devem ser observados com a possibilidade de sobrevivência da coletividade como povo tradicional e organizado, havendo a necessidade de respeito ao seu habitat, o que permitirá o desenvolvimento

de sua sociedade, resultando em uma necessidade de consulta e participação efetiva dos povos tradicionais em cada decisão que porventura venha a causar efeitos em seus territórios, seja relativamente aos recursos naturais ou projetos de desenvolvimento das regiões ocupadas pelas tribos.

Como bem destacado por Rafael Filippin (2010, p. 147):

Se a situação de pequenos agricultores, pescadores, apicultores e garimpeiros atingidos pelos empreendimentos é ruim, o tratamento dispensado às comunidades indígenas e quilombolas é ainda pior, na medida em que suas terras são usurpadas e suas culturas desrespeitadas.

A problemática recorrente em situações de projetos que venham a afetar diretamente territórios tradicionais diz respeito a falta de consulta e participação adequada dos afetados pelos projetos, vez que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos estabelece a necessidade de consulta prévia, livre e culturalmente adequada às comunidades envolvidas, assim como a efetiva participação das mesmas em eventuais decisões que afetem seu território. Os costumes e tradições dos povos indígenas devem ser respeitados em qualquer medida que o Estado vise tomar junto aos territórios historicamente ocupados pelos povos tradicionais, sendo este obrigado a providenciar, também, meios de salvaguardar os direitos das comunidades para com suas terras, seja com reconhecimento de propriedade, demarcação ou delimitação das mesmas.

Tomando por base as obrigações dos Estados junto às comunidades tradicionais, bem como as inúmeras denúncias de desrespeito aos direitos humanos, dos povos afetados pela implementação de Belo Monte, há que ser destacada a enorme preocupação com o andamento e avanço do empreendimento, vez que diversas demandas judiciais e extrajudiciais foram realizadas ao longo da construção da usina, sem que fossem verificadas mudanças significativas relativas à situação social, econômica e cultural dos afetados.

É inequívoca a situação de violação de direitos humanos dos moradores da região afetada pela UHE Belo Monte, sobretudo quando analisado pela ótica dos povos que dependem, diretamente, dos recursos naturais como meio de sobrevivência, principalmente os povos indígenas e comunidades ribeirinhas. Tais comunidades tradicionais não poderão ter acesso à vida que conhecem há anos, visto que as questões relacionadas a trabalho, saúde e cultura serão diretamente afetadas pela usina hidrelétrica.

## **1.1. As violações de direitos humanos na UHE Belo Monte sob a ótica da Declaração Universal dos Direitos Humanos e Convenção 169 da OIT**

Nesse sentido, entende-se pela ocorrência de violação, muito clara do disposto nas normativas internacionais, quanto à proteção de direitos humanos, e especificamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus artigos: 1, 2, 3, 17, 22,23 e 25.

Verifica-se que não há a preocupação do Estado brasileiro em garantir o efetivo e pleno gozo da igualdade de direitos dos povos tradicionais, afetados pelo empreendimento, visto que não houve influência política suficiente para assegurar uma participação efetiva dos afetados pela UHE Belo Monte nas discussões acerca das consequências da obra.

Diante da ineficiência governamental em fazer as comunidades afetadas participarem ativamente das discussões do projeto, não há que se falar em exercício pleno do direito, assegurado pelo artigo 2º, da referida Convenção, por exemplo.

E ainda, as comunidades afetadas por Belo Monte, como mencionado anteriormente, terão seu modo de vida tradicional afetado bruscamente, sem que os povos tenham poder de escolher o futuro de suas famílias.

As violações são cristalinas para as comunidades afetadas pelo empreendimento, visto que tanto a segurança dos povos, afastados de seu habitat, quanto os direitos econômicos, sociais e culturais têm sofrido prejuízos. Para os ribeirinhos, a economia diretamente ligada à fauna e flora do local será transformada; socialmente suas vidas serão modificadas e os povos indígenas também sofrerão sérias consequências culturais com os danos e afastamento de suas terras ancestrais.

Ressalte-se que, ainda no início das obras de Belo Monte, a situação preocupante dos afetados pela obra foi levada ao conhecimento da OEA – Organização do Estados Americanos por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual chegou a solicitar ao Estado brasileiro, em 01/04/2011, a suspensão imediata do projeto, até que fossem tomadas medidas preventivas quanto aos danos, que foram verificados na área do Rio Xingu,

bem como até que fosse comprovada a efetiva participação das comunidades afetadas pelo empreendimento.

A Medida Cautelar 382/10 da CIDH (RAMOS, 2013, p. 15) esclarece que fora solicitada em razão do iminente risco à vida e integridade dos beneficiários da mesma, ante a extensão dos impactos que seriam resultantes do empreendimento.

Em que pese a preocupação da comunidade internacional para com os povos afetados, o Estado brasileiro mostrou-se contrário às sugestões da CIDH, impondo-se pela continuidade do projeto, resultando em uma demonstração de fragilidade da relação entre Brasil e CIDH e culminando na revogação parcial do que fora sugerido anteriormente, após uma reavaliação da CIDH em 29/07/2011, não sendo necessária a suspensão do projeto.

Especificamente quanto à Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil no ano de 2002, esta busca garantir maior eficácia quanto às responsabilidades assumidas pelos Estados, relativamente à proteção a direitos humanos, e especialmente quando se tratando de povos tradicionais, trazendo a obrigação quanto ao reconhecimento e da diversidade cultural das comunidades ancestrais, garantindo-lhes a proteção e preservação de seus territórios, bem como dos recursos naturais neles existentes.

A referida Convenção surge para garantir a possibilidade de desenvolvimento dos povos tradicionais, de acordo com suas peculiaridades sociais, culturais e econômicas, sendo certo o dever de proteção do Estado, principalmente no que tange às suas propriedades ancestrais, cerne de seu patrimônio cultural e histórico (PIOVESAN, 2013, p. 50)

Há a determinação, novamente, quanto à necessidade de consulta e participação dos povos tradicionais em quaisquer questões que venham a ter efeitos em suas propriedades, o que, novamente, não fora observado de forma adequada durante o projeto da UHE Belo Monte.

A jurisprudência internacional é uníssona quanto à obrigatoriedade de consulta e participação serem de fato efetivas, ou seja, é imperioso que as comunidades possam opinar e decidir quanto às consequências e rumos que seu território irá passar. No contexto americano, por exemplo, pode ser destacado o caso *Saramaka vs. Suriname*, julgado no ano de 2007 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual aborda, detalhadamente, os direitos inerentes à propriedade de povos tradicionais, bem como sua ligação cultural e espiritual com a terra ancestral.

Como se não bastasse a violação ao direito de livre manifestação dos povos tradicionais quanto ao projeto da hidrelétrica de Belo Monte, ou o desrespeito à ancestralidade de sua propriedade, a Convenção 169 da OIT é igualmente desrespeitada, relativamente ao reassentamento das comunidades, o que deveria ocorrer somente após a efetiva participação no projeto, que acarretará danos irreparáveis em seu território, repita-se mais uma vez.

O artigo 16 da Convenção 169/OIT é claro quanto à excepcionalidade de reassentamento dos povos tradicionais, bem como com relação aos procedimentos a serem adotados — para a preservação da cultura e modo de vida destes povos — seja com o retorno dos mesmos às suas terras ancestrais, se possível, seja com o remanejamento para locais com as mesmas características e que possibilitem a continuidade de seu bem-estar familiar, social, econômico e cultural.

## **1.2. Levantamento de violações pelo MPF**

Ratificando as violações aos direitos das comunidades tradicionais apontadas neste trabalho, recentemente, no mês de julho/2015, houve a emissão de “Relatório de Inspeção Interinstitucional”, pelo MPF/PA e parceiros, atestando a situação de desamparo vivida pelos povos afetados pela UHE Belo Monte, que não têm recebido tratamento adequado por parte dos responsáveis pelo empreendimento.

Para além da participação efetiva quanto às decisões relativas aos projetos implementados em regiões habitadas, como já discutido, os direitos das famílias afetadas garantem que o estilo de vida permaneça inalterado (em que pese os territórios ancestrais serem insubstituíveis), ou que os impactos sejam minimamente sofridos pelos povos naturalmente ligados ao meio ambiente e modo de vida sustentável.

O destacado pelo relatório emitido pelo MPF é preocupante, pois explicita não só o contato inadequado realizado — junto às comunidades ribeirinhas por parte dos responsáveis pelo projeto — como também deixa claro o descaso e desproporcionalidade das medidas tomadas para minimizar os impactos sofridos pela população tradicional.

Como exemplo da inadequação dos contatos realizados e não observação das características tradicionais dos povos afetados pelo empreendimento, podem ser

destacadas algumas constatações constantes do relatório do Ministério Público Federal (MPF, 2015, p. 2):

Verificou-se que a empresa Norte Energia se nega a reconhecer a realidade peculiar do ribeirão, que se faz num trânsito constante entre o rio Xingu e a cidade, com moradias lá e cá, ambas imprescindíveis à manutenção do seu modo de vida, ao sustento de sua família (pesca e venda do peixe e demais produtos) e ao acesso aos aparelhos públicos essenciais, como educação e saúde (Constatação n. 07 – Equipe Interinstitucional de Inspeção).

As singularidades das comunidades tradicionais, sua cultura e características sociais e econômicas, não foram levadas em consideração no momento de decisão quanto às compensações que seriam realizadas pela remoção forçada de seu território:

Verificou-se que ao exigir-se do pescador que opte entre ser rural ou ser urbano, está-se lhe impondo a necessidade de abrir mão de uma parte de um todo indivisível, indispensável ao seu modo de vida e na sua subsistência (Constatação n. 09 – Equipe Interinstitucional de Inspeção).

Como referido anteriormente, o relatório do MPF confirma as perspectivas preocupantes com o destino oferecido às comunidades tradicionais, diretamente afetadas pela construção da UHE Belo Monte, que em vez de serem obedecidos os ditames legais, tanto nacionais quanto internacionais, não houve sequer a possibilidade real de escolha sobre qual medida seria mais adequada para as comunidades.

Na verdade, as famílias afetadas tiveram suas opções tão restritas e inadequadas ao seu modo de vida, e prosperidade de seu bem-estar familiar, que se viram compelidas a aceitar indenizações como compensação, por ser a única e última alternativa para que não fossem retirados sem qualquer tipo de compensação efetiva. Não se pode esperar que um chefe de família, pescador, adeque seu modo de vida e sustento a um local a muitos quilômetros de distância do rio.

Com a emissão do relatório de acompanhamento das compensações oferecidas às famílias afetadas por Belo Monte, saltam aos olhos as violações dos direitos das comunidades tradicionais, seja pela falta de participação, consulta e deliberação efetiva quanto ao empreendimento, seja pela completa ausência

de compatibilidade entre as expectativas de compensação ou reassentamento. Os povos tradicionais não tiveram participação efetiva nas decisões quanto ao seu território ancestralmente ocupado, tampouco tiveram a possibilidade de redirecionar seus esforços e meio de vida a uma localidade com as mesmas características das suas.

## **2. AS MOTIVAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO E AS GARANTIAS DOS DIREITOS DOS POVOS AFETADOS**

Em fevereiro de 2011, o Ministério de Minas e Energia divulgou um relatório com os principais fatos de Belo Monte.

Ali, afirma que é um projeto do planejamento energético brasileiro, a ser implantado no Rio Xingu, no Estado do Pará, região Norte do Brasil. Por meio desse empreendimento, o governo acrescentará pouco mais de 11 mil megawatts (MW) de capacidade instalada à matriz energética nacional. Com essa potência, Belo Monte será a segunda maior hidrelétrica do Brasil, ficando atrás apenas da usina Itaipu binacional, administrada pelo Brasil e Paraguai, com 14 mil MW de potência.

A Empresa de Pesquisa Energética (EPE) realizou uma análise de custos baseada no projeto apresentado pelo empreendedor. Esse estudo estima o investimento necessário, para a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, de R\$ 20,3 bilhões (valores de dezembro de 2008), sendo R\$ 3,3 bilhões destinados aos programas sociais e ambientais propostos. Isso significa um custo índice total de R\$ 1.780/KW instalado, excluídos os juros durante a construção. O custo da energia produzida, incluindo o pagamento pelo uso do sistema de transmissão interligado, é inferior a R\$ 80/MWh.

Segundo o governo brasileiro, a energia gerada por hidrelétricas é a mais competitiva do mercado porque seu preço é mais baixo e emite poucos gases do efeito estufa, encontrando-se em quarto lugar como matriz energética limpa.

No mesmo documento (MME, 2011, p. 2) divulgado pelo Ministério de Minas e Energia, qual seja, os fatos e dados de Belo Monte, acerca dos atos de legalidade ambientais por ele praticados, relaciona:

Como outros projetos nacionais de grande envergadura, o projeto de Belo Monte é objeto de licenciamento ambiental, conduzido, no



caso, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). As licenças exigidas no processo de licenciamento incluem:

Licença Prévia (LP) — concedida pelo IBAMA em fevereiro de 2010, após análise e deferimento do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) do projeto e realização de 04 audiências públicas. A LP estabeleceu 40 condicionantes que visam à prevenção, mitigação ou compensação dos impactos previstos no EIA e incluem exigências relacionadas com:

- Qualidade da água
- Impactos sobre fauna e a flora
- Saneamento
- Impactos na população local
- Compensação financeira
- Recuperação de áreas degradadas
- Monitoramento de planos e programas socioambientais

Licença de Instalação (LI) — pode ser concedido por etapas, antes do início da construção da usina. Em janeiro de 2011, o IBAMA emitiu a LI dos canteiros de obras, incluindo a melhoria das estradas de acesso. No momento, a LI para as obras da barragem está em análise.

Licença de Operação (LO) — essa licença autoriza o enchimento do reservatório e o início da geração. Para concedê-la, o IBAMA verificará se as proposições do EIA e as condicionantes das licenças anteriores foram atendidas na forma e nos prazos previstos.

Apesar de todos os esforços do Governo Federal, Belo Monte ainda não começou a operar. Isso deverá ocorrer, segundo o sítio do Ministério de Minas e Energia, no primeiro semestre de 2016, o que deverá contribuir, em muito, para a redução das tarifas de energia elétricas cobradas — que tem sido reclamada por toda a população brasileira — desde quando foram incluídos os sistemas de cobrança por bandeiras.

Atualmente o Brasil cobra a sua energia com base na bandeira vermelha, que importa em custo mais elevado para produção dessa energia, em função da grande ativação das termoeletricas.

Segundo recente entrevista, divulgada também no sítio do Ministério de Minas e Energia, o atual Ministro destaca que a entrada de energia de novas usinas no Sistema Interligado Nacional (SIN) deve permitir a substituição de mais energia cara por opções com menor custo. Segundo ele, os cerca de 1.800 MW da Usina Hidrelétrica de Teles Pires; as primeiras unidades geradoras de Belo Monte, com entrada prevista em operação no começo do ano que vem; além da inclusão de novas eólicas e outras usinas que fornecem energia com menor custo<sup>3</sup>.

O Ministério de Minas e Energia justifica ainda a opção por hidroelétricas, como a usina de Belo Monte em construção, tomando como argumentos: o compromisso ambiental, o respeito às áreas indígenas, a proteção da fauna nativa e oportunidade para o desenvolvimento regional<sup>4</sup>.

Por todos os documentos colacionados é possível identificar a grande diferença entre o discurso do Governo Federal em defesa da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte e os direitos reivindicados pelas populações afetadas.

Daí se extrai a aparente dicotomia de interesses. Mas isso é mesmo uma dicotomia?

## CONCLUSÃO

Dentre as palavras mais comuns no cotidiano atual está: “compartilhar”. Seus sinônimos são: distribuir, compartilhar, partilhar, repartir.

A questão de se construir uma hidroelétrica e respeitar direitos das comunidades afetadas e o meio ambiente, na verdade, menos do que ser tratada exclusivamente como dicotomia, deveria — na atual sociedade — ser tratada como um dever social de distribuição de direitos, a partir da ideia de compartilhamento.

Boaventura de Souza Santos em seu texto: “O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna” defende que, atualmente, a prática de direitos humanos tem

3 Notícia, intitulada: Custo da bandeira pode ter mais redução em 2015, com as novas usinas, divulgada no sítio do Ministério de Minas e Energia em 18/08/2015. Disponível em: <[www.mme.gov.br](http://www.mme.gov.br)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

4 Notícia veiculada no sítio do Ministério de Minas e Energia na internet intitulada: “Belo Monte vai produzir energia com respeito ao meio ambiente”. Disponível em: <[www.mme.gov.br](http://www.mme.gov.br)>. Acesso em: 18 fev. 2015.

lugar nas diferentes configurações de legalidade, pela qual se deve privilegiar a negociação, em detrimento da ruptura. A ideia central é reciprocidade de direitos (SANTOS, 1990).

Assim, muito mais do que simplesmente tratar essa matéria a partir de se questionar o Direito da Consulta aos Povos Indígenas, previsto na Convenção 169 da OIT, em detrimento do Direito da maioria da população brasileira em ter acesso a uma energia menos custosa.

A Convenção 169 da OIT tem uma inegável importância para a América Latina, não apenas por ter influenciado a organização constitucional dos países que a compõem, que passaram a incluir em suas reformas, constitucionais e legais, conceitos como “povo e comunidade indígena”, “autoidentificação”, “territórios tradicionais”, “autonomia”, “consulta”, “usos e costumes”; como também por ter passado a ser empregada e arguida pelas próprias comunidades, pelos órgãos públicos e organizações da sociedade civil que atuam em defesa dessas comunidades (COURTIS, 2009).

Portanto, todas as tentativas de implementação real de seus termos, no Brasil, são salutares para a consolidação dos direitos ali previstos na estrutura social.

Isso, porém, não deve ser tomado como um exercício de direito que necessariamente impeça o exercício regular de outros direitos da sociedade, como ter acesso ao uso do desenvolvimento disponibilizado pela energia, da forma mais compartilhada possível.

Menos do que colocar cada ator em busca de seus direitos de um lado, como que em uma querela, o importante mesmo seria entender que garantir a igualdade de oportunidades — a uma população — passa necessariamente pela garantia das liberdades a todas as partes que compõem essa sociedade.

Tal como defende Amartya Sen, ‘a mera previsão legal de igualdade não a garante se as autoridades não oferecerem meios efetivos para que o povo, que forma o Estado, tenha liberdade de escolha’ (Sen, 2008, p. 30).

Ou seja, ser igual, atualmente, é ter garantida a liberdade em escolher, no caso analisado, escolher entre ser retirado do local onde vive, em prol de um benefício maior para a sociedade, mas que lhe seja garantido apontar aos órgãos públicos qual a melhor relocação, de acordo com as suas reais necessidades.

É necessário dar à sociedade informações suficientes para escolher que tipo de energia se deva consumir, em que quantidade, e promover os meios para que essa escolha se operacionalize, como por exemplo, reduzindo encargos sobre produtos que consomem menos energia, sobre aqueles que produzem

energia alternativa, facilitando o acesso da população de uma forma geral a esses produtos.

Nesse sentido, a proposta desse trabalho vai além de uma observação acerca da construção de uma hidroelétrica como algo que necessariamente irá ferir direitos humanos — sob a justificativa de entregar maior acesso à energia a toda a sociedade — mas busca um repensar de todos os atores envolvidos, de modo a buscarem, juntos, alternativas que contemplem sua liberdade, para o exercício de sua igualdade de direitos.

Para isso, o Estado está incumbido de ouvir as comunidades envolvidas, dando-lhes informações claras sobre o que, de fato, terão que enfrentar para compartilhar ideias, encontrar um local que contemple suas necessidades para realocação, provendo-lhes o que for necessário ao exercício regular de seus direitos.

Deve ainda o Estado criar mecanismos jurídicos, econômicos e tributários que facilitem a aquisição, para toda a população, de produtos que utilizem a energia de forma equilibrada, qualitativa e quantitativamente, e ainda que produzam fontes alternativas de energia, como, por exemplo, procurar desenvolver a indústria de captação da luz solar para abastecimento das indústrias, empresas e residências.

Devem as comunidades indicar ao Estado todas as suas necessidades para a cessão das terras que ocupam e que precisarão ser cedidas à implantação da hidrelétrica; cobrar do Estado a estrutura nas novas áreas, imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades laborais, sociais e culturais e, por fim, ceder as terras em mais um exercício de compartilhamento, de direitos e deveres.

## REFERÊNCIAS

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pueblo Saramaka v. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2015.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a Aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, Rede Universitária de Direitos Humanos, Ano 6. n. 10, p. 53–80, jun. 2009.

FILIPPIN, Rafael. A Construção das Hidroelétricas como afronta aos direitos de comunidades rurais. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Org.). **Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular**. Curitiba: Terra de Direitos, 2010. p. 145–179.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ. **RELATÓRIO DE INSPEÇÃO INTERINSTITUCIONAL: áreas ribeirinhas atingidas pelo processo de remoção compulsória da UHE Belo Monte – Altamira/PA**, 2015.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. PROJETO DA USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE — FATOS E DADOS. 2011. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/leiloes/Documents/Leil%C3%A3o%20Belo%20Monte/Belo%20Monte%20-%20Fatos%20e%20Dados%20-%20POR.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 30, p. 13–43, jun. 1990.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.



**Constitucional**





# AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E O PERIGO DO “ESTADO MUSCULADO”<sup>1</sup>

---

*Alexandre Sousa Pinheiro*

---

1 O presente artigo foi publicado na Revista “Direito&política”, n.º 2, sob o título: “O Direito Penal do Inimigo e a protecção das liberdades individuais: o caso particular da privacidade”.



## INTRODUÇÃO

A abordagem ao Direito Penal do inimigo pode se fazer a partir da “pergunta excêntrica”: saber se os criminosos — no caso, terroristas — são pessoas<sup>2</sup>.

A perplexidade (e legitimidade da pergunta) justifica-se tomando em consideração alguns rumos recentes do Direito Penal, encimados por Günter Jakobs, sustentando a exclusão do Estado de Direito dos criminosos que assumissem a condição de inimigos; ou seja, não se aplicariam as regras — materiais e procedimentais — próprias de um Estado liberal a indivíduos (considerados não pessoas) que rompessem as vinculações constitutivas de uma organização política dessa natureza<sup>3</sup>.

A avaliação desta doutrina, do Direito Penal do inimigo, tem pertinência quando se avalia a privacidade, na medida em que este direito é quase extinto pela finalidade preventiva fundamental de “conhecer o inimigo”<sup>4</sup>. O “inimigo pode ser qualquer um de entre todos” ou “um de entre uma categoria de sujeitos”.

Formalmente, o que designamos como Direito Penal do inimigo começou a ser conceptualizado, por Günther Jakobs, em meados da década de 80 do século passado. Esta doutrina está longe de ser uma “peça de comédia”<sup>5</sup>, apesar de, inevitavelmente, sofrer duras críticas de diversos sectores da doutrina. Para

---

2 SILVA DIAS, Augusto — Os Criminosos são Pessoas? Eficácia e Garantia no Combate ao Crime Organizado in MIRANDA, Jorge e MARQUES DA SILVA, Marco António (orgs.) — Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 784.

3 JAKOBS, Günther — Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, op. cit., p. 783. Sobre o contexto — social e dogmático — em que surge o trabalho de Jakobs, ver POLAINO-ORTS, Miguel — Derecho Penal Del Inimigo. Barcelona: Bosch, 2009, p. 48.

4 Numa abordagem curiosa ao problema do conhecimento dos “perigos” e dos “riscos” na sociedade actual, Wolfgang Hoffman-Riem estabelece um paralelo entre os ataques terroristas de 2001 e a crise financeira de 2008, concluindo que houve um desconhecimento generalizado do que pudesse estar na génese de ambos numa fase prévia aos acontecimentos. Sicherheit braucht Freiheit in VON ARNAULD, Andreas e STAACK, Michael (orgs.) — Sicherheit versus Freiheit. Berlin: BWV, 2009, p. 117 e ss.

5 Sobre as influências de Jakobs, ver ABANTO MARQUEZ, Manuel A. — El Llamado Derecho Penal del Inimigo. Especial Referencia al Derecho Penal Economico in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006, vol. I p. 1 e ss.

compreender as teses de Jakobs, temos como necessária a assunção de algumas posições, por uma necessidade limite de coerência narrativa.

Essa doutrina tem o seu cadinho nos riscos socialmente mais impressionáveis das sociedades contemporâneas, como sejam o terrorismo e a criminalidade organizada. Não surpreende que teses como a do Direito Penal do inimigo, e as que apontam para uma “intervenção preventiva” do Estado tenham sido desenvolvidas ou criadas após os acontecimentos de 11 de Setembro de 2001<sup>6</sup>.

As intervenções legislativas também aumentaram, frequentemente, para limitar outros direitos fundamentais, em favor do direito à segurança física<sup>7</sup>. Em especial a partir dessa data, “segurança passou a escrever-se com letra maiúscula e liberdade com minúscula”<sup>8</sup> evoluiu-se para uma sociedade de “risco difuso”, que contribuiu para uma sociedade vivendo em “estado de emergência permanente”<sup>9</sup>.

Dotado de uma ontologia original e com fortes influências das teses de separação radical entre pessoas — pense-se no binómio amigo-inimigo de Carl Schmitt com o Direito Penal do inimigo — pretende-se a actuação a montante do “crime” dada a amplitude deste e a (auto) exclusão dos criminosos da sociedade, regida pelo Direito Penal dos cidadãos.

O Direito Penal do inimigo legitima um estado de emergência, que, por si só, impõe limitações a direitos fundamentais sem a utilização dos critérios habituais de ponderação, nem de recurso ao princípio da proporcionalidade<sup>10</sup>.

---

6 Foi já afirmado que a adesão de alguns às teses de Jakobs fica limitada pela agressividade da designação “Direito Penal do inimigo”. BASTIDA FREIXEDO, Xacobe — **Los Bárbaros en el Umbral Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal del Enemigo**, *Idem*, p. 278.

Outras críticas adiantadas à expressão de Jakobs traduzem-se em (i) ela não esclarecer a especificidade do Direito Penal numa “sociedade do risco”; (ii) o conceito de inimigo não implicar um simétrico de “amigo”; (iii) tratar-se de um conceito neutro. KINDHÄUSER, Urs — *Retribución de la Culpabilidad y Prevención en el Estado Democrático de Derecho* in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — *op. cit.*, vol. II, p. 163.

7 Sobre o caso alemão, ver Stefan Huster e Karsten Rudolph, que referem a alteração de mais de cem leis, em **Vom Rechtsstat zum Präventionsstaat?** in HUSTER, Stefan e RUDOLPH, Karsten (orgs.) — *Vom Rechtsstat zum Präventionsstaat*. Francoforte: Suhrkamp, 2008, p. 9.

8 *Idem*, p. 12.

9 *Ibidem*.

10 CRESPO, Eduardo Demetrio — *El Derecho Penal del Enemigo Darf Nicht Sein*, in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — *op. cit.*, vol. I, p. 481. O autor acentua a natureza proactiva da acção contra o inimigo (*Ibidem*, e p. 506).

Parte-se de um princípio fáctico de que o Estado se encontra numa posição de “ignorância original” perante o inimigo. Este se revela indistinto, com fidelidades e propósitos, mas sem sinais evidentes de identificação externa, com ideias ou interesses, mas sem pátria física, sem rosto certo nem perfil exacto, com uma permanente mutabilidade de actores gerando um ambiente de medo, disseminado perante a criminalidade “ubíqua”<sup>11</sup>.

Sem prejuízo das construções, entre outros, de Jakobs<sup>12</sup> e Pawlik, o Direito Penal do inimigo é filho do terror das populações e não da razão científica ou da inteligência humana. O gênio não transfigura o demónio:<sup>13</sup>

[L] o que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malechores archimalvados. Se trata más de “enemigos” en este sentido pseudorreligioso que en la aceptación tradicional-militar del término. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como “outro”, no es, en realidad una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad mediante su demonización — y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído?

Partindo da necessidade de garantir bens jurídicos essenciais, como a protecção da paz jurídica, da segurança pública e de um “ambiente social juridicamente amigável”<sup>14</sup>, o autor anuncia o propósito de legitimar a acção do Direito Penal numa fase anterior à “comissão” de certos crimes<sup>15</sup>.

11 CORNACCHIA, Luigi — La Moderna Hostis Iudicatio entre Norma e Estado de Excepción in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 415.

12 Apesar de se tratar de um debate de palavras duras (a começar pela designação Direito Penal do inimigo), pensamos que Jakobs não se desvia do trilha liberal.

Neste sentido, também Luigo Cornacchia, quando afirma que o Direito Penal do inimigo não se trata de uma resposta delirante perante o perigo, mas de uma reacção, tanto quanto possível, racional. “La Moderna Hostis Iudicatio entre Norma e Estado de Excepción”, op. cit., vol. I p. 419.

13 CANCIO MELIÁ, Manuel — De nuevo: ¿‘Derecho Penal del Enemigo’? in JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel — Derecho Penal del Enemigo, Navarra: Aranzadi, 2006, p. 120-121.

14 JAKOBS, Günther — *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, op. cit., p. 751.

15 *Idem.*

Esta tendência insere-se numa mais vasta, que aponta para a “subjectivização do direito penal”, através da superação do “princípio do acto” — que exige a materialização fáctica de uma intenção criminosa para a intervenção das regras penais — permitindo a actuação de investigação e também a actuação repressiva, de carácter penal, em fase anterior à prática do crime (apesar de Jakobs não ser taxativo, fica clara a ideia de que a metodologia em causa só se justifica num núcleo restrito de crimes, entre os quais se insere, por natureza, por exemplo, o terrorismo, a criminalidade organizada<sup>16</sup> ligada ao tráfico de estupefacientes e de pessoas, bem como os casos de criminalidade económica)<sup>17</sup>.

À teorização penal das figuras da pessoa, agente e inimigo está ligada uma ontologia própria que resumiremos. No seu escrito seminal, Jakobs considera “pessoa” uma ordem que não se limita a aspectos psicofísicos, pressupondo a condição de cidadania, pela adesão à ordem constitucional<sup>18</sup>.

A consequência da criação dogmática da figura da “pessoa”, através de requisitos não biologicamente inatos, tem o reverso de poder degradar o ser humano em “ não pessoa” quando aqueles não se encontrem preenchidos.

## 1. ONTOLOGIA E ANTROPOLOGIA EM GÜNTHER JAKOBS

“A teoria de Jakobs” centra-se em conceitos como “inimigo”, “pessoa”, “despersonalização” e “não pessoa”; no entanto, para uma compreensão cabal do Direito Penal do inimigo e das suas ramificações — entre elas a privacy e a protecção de dados —, cumpre esclarecer a ontologia que subjaz a esta doutrina. Trata-se de uma construção essencialmente baseada no elemento jus-

---

16 Sobre a criminalidade organizada, organizações criminosas e organizações terroristas. ver CANCIO MELIÁ, Manuel — Sentido y límites de los delitos de terrorismo in SERRANO-PIEDecasas, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.) — Terrorismo y Estado de Derecho. Madrid: Iustel, 2010, p. 381 e ss. Apresentando dúvidas sobre a extensão da criminalidade organizada, ver FARALDO CABANA, Patricia — Medidas Premiales Durante la Ejecución de Condenas por Terrorismo y Delincuencia Organizada: Consolidación de un Subsistema Penitenciario de Excepción in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 782.

17 Ibidem. Para uma enumeração completa, ver CANCIO MELIÁ, Manuel — **Los Delitos de Terrorismo: Estructura Típica e Injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010, p. 30.

18 JAKOBS, Günther — **Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung**, op. cit., p. 755.

sistémico (que conduzirá à distinção entre “cidadão” e “inimigo”), e não em “pactos” ou “vias contratuais” sociais<sup>19</sup>.

No começo, o indivíduo é tomado como ente isolado<sup>20</sup> vivendo numa dialéctica “prazer/falta de prazer”<sup>21</sup>. O indivíduo, na origem, não tem consciência de si, por não encontrar referente.

A junção, no modelo de Jakobs, de um “indivíduo individualizado” (*einzelnen Individuums*)<sup>22</sup> a outro, implica dificuldades no acesso aos bens e a necessidade de uma “ordem” ou de um “corpo normativo”<sup>23</sup>.

A proliferação de indivíduos e a necessidade de cooperação, para o tratamento de assuntos que não podem ser resolvidos singularmente, geram fenómenos comunicacionais incompatíveis com o solipsismo.

Às sociedades humanas é necessária a base normativa que ultrapasse a “fase de individuação”<sup>24</sup>. Esta é acompanhada pela “autoconsciência” (*Selbstbewusstsein*), que pressupõe a distinção entre dever e prazer. Só a separação da consciência permite a determinação do essencial normativo, e do seu contrário<sup>25</sup>.

1.1. Na constituição pessoal, os direitos revestem uma natureza secundária, na medida em que existem para satisfazer deveres. Na medida em que a “pessoa” é uma construção — como centro de imputação —, a sua “qualidade” pode ser perdida, caso esteja em causa o incumprimento de deveres relevantes perante o grupo<sup>26</sup>.

Um dos factores essenciais para a compreensão do elemento “pessoa” na ontologia jakobsiana consiste em assimilar a sua estrutura construída e fungível. Os seres humanos não têm necessariamente natureza pessoal. Outro factor básico, de entendimento do pensamento do autor, está na “socialização

19 FEIJO SÁNCHEZ, Bernardo — El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 799.

20 JAKOBS, Günther — *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 9.

21 *Ibidem*.

22 *Idem*, p. 13.

23 *Idem*, p. 14.

24 *Idem*, p. 28.

25 *Idem*, p. 33.

26 *Idem*, p. 37.

da pessoa”: uma pessoa individual é um contrassenso<sup>27</sup>. Ou seja, a pessoa é determinada pela sua relação com outras, através do seu papel social<sup>28</sup>.

Com estes dados sobre a “pessoalização” do humano, a constituição das pessoas em sociedade não pode operar de forma contratual, porque se assim fosse estaria dependente da dinâmica individual<sup>29</sup>. Jakobs introduz um elemento místico (que transporta de Goethe) substituindo o “falível” e “instável” consenso humano, pela “certeza do Santo”<sup>30</sup>.

Relativamente à participação da pessoa na “coesão social”, sem uma certa “contextualização cognitiva”, a norma não fornece qualquer orientação<sup>31</sup>. A “pessoa” também não se pode prestar à orientações sociais baseadas em meros factos<sup>32</sup>.

No momento da “coesão social”, a “expectativa” deixa de ser suficiente para uma contextualização normativa. Nos casos em que existam acções desconformes com o dever social, verifica-se um caso de “despersonalização” que não tem um efeito perene, mas a perda, por certo período de tempo, da “plena realidade pessoal”<sup>33</sup>.

Neste sentido, a “despersonalização” assume-se sempre como “autodespersonalização”, baseada em actos praticados pelo sujeito contra a comunidade<sup>34</sup>. Nos casos em que actua, durante um período longo de tempo, “fora da norma”, o indivíduo prejudica a comunidade a um ponto semelhante à ausência de norma. A situação pode descrever-se desta forma: o indivíduo não entra numa legislação comum, logo ele deve afastar-se da minha “vizinhança”. Nestes casos, perante o temor da comissão, podem aplicar-se “medidas de segurança” com uma função preventiva<sup>35</sup>.

---

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 *Idem*, p. 39.

30 *Ibidem*.

31 *Idem*, p. 80.

32 *Ibidem*.

33 *Idem*, p. 82.

34 *Idem*, p. 83.

35 *Ibidem*.



A qualidade de “pessoa” é uma posição frágil que deve ser sempre legitimada com o comportamento adequado<sup>36</sup>. Por esta razão, pode ser perdida e, posteriormente recuperada<sup>37</sup>. A comunidade pode defender-se através da assunção de um “estado de exceção”<sup>38</sup>.

O sujeito vale como sujeito dentro da “ordem” e o enquadramento da ordem através de normas. Daí que a “pessoa formal”<sup>39</sup> não baste para que se provoque a imputação normativa. Esta só ocorre em “pessoas” completas, dotadas de razão<sup>40</sup>.

1.2. Na análise da coerência interna dos postulados ontológicos de Jakobs, consideramos a crítica de Gómez-Jara Díez<sup>41</sup>. A tese principal consiste em sustentar que o Direito Penal do inimigo, interpretado como base da existência do Direito Penal do cidadão, coloca em risco este último<sup>42</sup>. Porém, se um Direito Penal do inimigo vier a ser vigorado, pode existir “espaço conceptual” para o Direito Penal do cidadão, dada a cisão de base entre pessoa — quem aceita as regras do Direito Penal do cidadão — e inimigo — quem não as aceita.

Seguindo a interpretação do autor espanhol, em Jakobs tem de existir um “apoio cognitivo” — conhecimento e reconhecimento — do Direito Penal do cidadão. Tal “apoio” só se encontra em “pessoas” (portanto fora do Direito Penal do inimigo). O problema das teses do penalista alemão reside na natureza “autopoietica” do sistema, bifurcado em duas manifestações penais imunes — por natureza — à comunicação: ou inimigo ou cidadão. A junção das duas categorias afigura-se tecnicamente impossível, porque o conhecimento e predisposição para o cumprimento do sistema social — de normas próprias — do cidadão não se transmitem ao inimigo.

---

36 *Idem*, p. 84.

37 *Ibidem*.

38 *Idem*, p. 86.

39 *Idem*, p. 88.

40 *Idem*, p. 91.

41 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos — Normatividad del Ciudadano versus Facticidad del Enemigo: Sobre la Necesaria Autoorientación de la Normativización Jurídico-Penal in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 977.

42 *Idem*, p. 978.

A impossibilidade de coexistência de dois universos não comunicantes, fazendo parte do mesmo sistema, um normativo (cidadão), outro fáctico (inimigo), introduz um elemento de incoerência lógica. Assim sendo, a divisão básica de Jakobs não permite assegurar os pressupostos de um sistema jurídico-penal<sup>43</sup>.

Ao contrário dos humanos, em que a dualidade é possível (seja, por exemplo, na patologia esquizofrénica ou na literatura, em que são incontáveis os casos de natureza Dr. Jekyll/Mr. Hyde), os sistemas não comportam a mesma flexibilidade ou idêntica inclinação para a doença.

Apesar de sedutora, a tese de Gómez-Jara Díez não procede pelas mesmas razões formais que invoca. Em Jakobs, Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo não comungam da mesma natureza intrínseca. Se a racionalidade normativa orienta e “organiza” o Direito Penal do cidadão, o mesmo não ocorre com o Direito Penal do inimigo que, para nós, não reveste a natureza “autopoiética”, na medida em que é gerado na contraposição material ao Direito Penal do cidadão. Ainda que não exista “comunicação” entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, a origem do segundo é construída à dissemelhança do primeiro. A falta de comunicação no desenvolvimento de ambos não sobreleva, no que respeita à relação de contrários (ocorrida num momento originário determinado), que explica a diferença entre o que verdadeiramente existe, ou seja, um espaço de Direito e outro de não-Direito, ainda que submetido a regras jurídicas.

Temos que a designação Direito Penal do inimigo tem a sua justificação na necessidade de afirmar, nominalmente, que o inimigo — não pessoa — dispõe de direitos. Assim, comportamentos próprios de “não-Direito” são regulados por um Direito — Penal do inimigo — que o autor se recusa a denominar como “não-Direito”. O facto de a “não-pessoa” corresponder um “não-Direito”, torna Jakobs um pensador original na tradição penal ocidental, mas não um “negacionista” da tradição liberal ou um adversário do Estado de Direito com as características de justiça material que lhe estão associadas<sup>44</sup>.

43 *Idem*, p. 1000.

44 As nossas conclusões não são afectadas pela recordação de Francisco Muñoz Conde sobre o apreço do famoso penalista, do período nazi Edmund Mezger, que retalhava o Direito Penal entre o aplicável aos membros da raça ariana e aos “estranhos à comunidade”. De Nuevo sobre el ‘Derecho Penal del Enemigo’, in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. II, p. 359.

## 2. CONCRETIZAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

[Si] Jakobs no hubiera denominado ese fenómeno existente con el nombre de “Derecho penal del enemigo”, el escándalo hubiera sido menor<sup>45</sup>.

Através do “princípio da protecção dos bens jurídicos em si”,<sup>46</sup> o “agente” é definido apenas pela “possibilidade criminosa”<sup>47</sup> de se transformar em “inimigo de bens jurídicos”.<sup>48</sup> O “agente” torna-se, assim, um “inimigo do Direito”, não merecendo, numa primeira consideração, o “estatuto de cidadão”<sup>49</sup>.

A compreensão “prévia” do “agente” respeita o brocardo de Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>50</sup>. Pelo contrário, o autor considera que o “universo interno” do indivíduo, só por si, não pode ser interpretado como “causa” de perturbações sociais.

A “intenção” não pode, porém, ser obtida através de uma “apresentação subjectivo-naturalista”, que, fisicamente se manifeste instintivamente por razões que podem ir desde o “mexer os dedos” até ao “erguer das sobranceiras”<sup>51</sup>.

A tese de Jakobs não resvala, assim, para a irrelevância das “intenções” sobre os “actos”<sup>52</sup>.

Na selecção dos comportamentos relevantes, torna-se decisivo que o comportamento do indivíduo seja passível de registo e de interpretação<sup>53</sup>. O que subjaz ao comportamento são as ideias do agente, dado que estas o precedem. Aqui reside um dos aspectos essenciais do Direito Penal do inimigo

45 POLAINO NAVARRETE, Miguel e POLAINO-ORTS, Miguel — Derecho Penal de Enemigo: Algunos Falsos Mitos - in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. II, p. 632.

46 JAKOBS, Günther — *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, op. cit., p. 752.

47 Michael Pawlick refere expressamente a “perigosidade futura” como facto independente da gravidade ou perturbação social passada. *La Libertad Institucionalizada*. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 155.

48 JAKOBS, Günther — *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*-, op. cit., p. 753.

49 *Idem*, p. 754.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 *Idem*, p. 761. Jakobs vai mais longe, considerando que não basta a exigência de um comportamento externo do indivíduo, mas é necessária também a sua relevância (*Idem*, p. 762–763).

53 *Idem*, p. 763.

e da possibilidade de penalização prévia ao acto. Deve-se, portanto, averiguar se o comportamento externo contém elementos que levem à análise do sujeito, a fim de ser apurada a sua eventual inserção na categoria de inimigo<sup>54</sup>.

2.1. A penalização com base em ideias presentes, e não apenas actos futuros, já não tem razões para deixar planos isentos de punição (para Jakobs, o agente opera com base em comportamentos abstractos de perigo)<sup>55</sup>.

Nesta situação, verifica-se não só uma privação do estatuto de cidadão, mas também a “despersonalização” do indivíduo<sup>56</sup>. Assentando-se a sociedade num princípio de protecção de bens jurídicos, o inimigo não é despersonalizado pelo sistema jurídico sob prática de um crime grave (maxime homicídio), mas antes pela prática de actos que põem em causa o próprio princípio enunciado<sup>57</sup>.

Nestas condições, e com repercussões na esfera privada e no problema geral da protecção de dados, o “ente despersonalizado” fica despido da sua esfera jurídica, e não lhe é aplicado o Direito Penal do cidadão, passando ele a fazer parte do Direito Penal do inimigo. Este tem um efeito de subtracção dos impedimentos legais de intervenção, no círculo privado do inimigo, que se encontra sempre sob total suspeita, o que justifica a vigilância absoluta (algo que nunca ocorre no Direito Penal do cidadão).

A regra de que um sujeito só pode ser determinado com base em actos, mostra-se bastante limitada para a garantia de segurança de um Estado liberal — democrático<sup>58</sup>. Os crimes de carácter organizatório (nomeadamente terrorismo e tráfico) constituem um elemento de perturbação da paz pública, intervindo como ameaça latente ou ameaça em acto<sup>59</sup>, e justificando, só por si, a classificação dos seus membros como inimigos<sup>60</sup>.

54 *Idem*, p. 764–765.

55 *Idem*, p. 772.

56 Assim, o conceito de “pessoa” adquire uma natureza eminentemente flexível e dependente do contexto. SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo — Del Estado de Derecho al Estado Preventivo — in SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.) — Terrorismo y Estado de Derecho, op. cit., p. 260–261.

57 Na doutrina portuguesa, apresentando uma interpretação muito próxima da nossa, ver SILVA DIAS, Augusto — Os Criminosos São Pessoas? Eficácia e Garantia no Combate ao Crime Organizado —, op. cit., p. 784 e ss.

58 JAKOBS, Günther — Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung — op. cit., p. 773.

59 *Idem*, p. 778.

60 *Idem*, p. 779.

Jakobs introduz os conceitos de *Klimadelikte* e de *Klimaschutznorm*, que têm por função a protecção social relativamente a actos futuros (o autor refere que estas categorias se destinam a construir um complexo normativo que não aparece referido nas regulações liberais).

O ponto culminante da construção do Direito Penal do inimigo consiste nos seus fundamentos e valor como “excepção”<sup>61</sup> ou “excepção não declarada”<sup>62</sup>. Contrário ao Direito Penal do cidadão, o Direito Penal do inimigo vale para “circunstâncias de crise”, de “necessidade ou de “emergência”, não correspondendo a meras situações de incumprimento da norma, mas de material “excepção”<sup>63</sup>. A influência do pensamento de Carl Schmitt é iniludível na construção do novo “Direito Penal”<sup>64</sup>.

Para Jakobs, as normas de um Estado liberal perdem eficácia se estiverem limitadas à sua aplicação numa zona externa à privacidade, ou seja deve ser permitida a sua aplicação num momento preventivo<sup>65</sup>.

Noutra sede, Jakobs realçou os fins de um Estado moderno<sup>66</sup>: *a finalidade do Estado de Direito não é a maior segurança possível de bens, mas a vigência efectiva*

---

61 [É] possível travar a guerra contra o terror com os instrumentos de um direito penal de Estado de Direito? Um Estado de direito que tudo abarque não poderia travar esta guerra, pois ele deveria tratar os seus inimigos como pessoas e, consequentemente, não poderia tratá-las como figuras de perigo. In JAKOBS, Günther — Terroristas como Pessoas no Direito? - Novos Estudos — CEBRAP, n.º 83, 2009, p. 36 (original “Terroristen als Personen im Recht?”, ZStW, p. 117 e ss, 2005, trad. Luciano Gatti).

62 ZAFFARONI, Eugenio Raúl — El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento — in SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.) — Terrorismo y Estado de Derecho, op. cit., p. 379.

63 JAKOBS, Günther — Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung —, op. cit., p. 784. Sobre a qualificação fornecida por Jakobs, ver SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo — Del Estado de Derecho al Estado Preventivo - in SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.) — Terrorismo y Estado de Derecho, op. cit., p. 262

64 Refere-o expressamente PAWLIK, Michael — Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modern Terrorismus —, op. cit., p. 51.

Na doutrina portuguesa, Augusto Silva Dias refere semelhanças entre as concepções de Günther Jakobs e Carl Schmitt: [...] um e outro descrevem pretensamente o conceito de inimigo, mas não o valoram. [...] Por outro lado quem diferencia entre amigo (pessoa) e inimigo (não pessoa), segundo ambos, é o Estado (para Schmitt, o Estado absoluto, para Jakobs, o Estado de Direito). Por último, para um como para outro, o combate ao inimigo tem lugar “*extra ordinem*” fora da Constituição. In **Os Criminosos são Pessoas? Eficácia e Garantia no Combate ao Crime Organizado**, op. cit., p. 787.

65 JAKOBS, Günther — Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung — op. cit., p. 784

66 JAKOBS, Günther — Terroristas como Pessoas no Direito? — op. cit., p. 29.

do direito e, especificamente, na modernidade, a vigência efectiva de um direito que torna a liberdade possível. O autor aclara que o direito à segurança é apenas outro nome para o direito à situação de efectiva vigência do direito<sup>67</sup>.

2.2. Merecem atenção as modernas teses sobre direito sancionatório “preventivo” e a sua inevitável relação com o Direito Penal do inimigo. O direito fundamental à segurança impõe a tarefa preventiva para “evitar” o crime<sup>68</sup>. A transformação mais radical incide sobre a mudança de paradigma penal, que se desloca da defesa de perigos para um modelo de “condução em função do risco”<sup>69</sup>.

Porém, numa sociedade regida por princípios de liberdade e de primazia do indivíduo, o padrão da relação Estado-cidadão baseia-se numa posição inicial de favor civis, que justifica, por exemplo, a clássica “presunção da inocência”<sup>70</sup>.

Com outra interpretação, o Estado transformar-se-ia num “Ministério da Segurança” com a dimensão de um “monstro”<sup>71</sup>.

O direito de segurança do Estado, como poder constituído de paz e de ordem, constitui um valor decisivo e irrenunciável.

No tocante à autodeterminação informacional, as doutrinas que acentuam o carácter preventivo no combate a formas extremas de criminalidade admitem uma intervenção extensa, de modo a poder “identificar” o indivíduo numa fase em que ainda não praticou qualquer acto de perigo, nem está sob o estatuto processual de suspeito<sup>72</sup>.

Denninger alude à “defesa e eliminação de perigos” que obrigam à utilização de “outra” dogmática para estudar em que termos podem ser avaliados os novos reptos<sup>73</sup>. A natureza destes obriga a novas conclusões, como a de o “perigo ser secreto” e a de o potencial do perigo não ser calculável<sup>74</sup>.

---

67 *Idem*, p. 32.

68 DENNINGER, Erhard — Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit - Nomos: Baden-Baden, 2008, p. 87.

69 *Idem*, p. 88.

70 *Idem*, p. 91.

71 *Idem*, p. 90.

72 Wolfgang Hoffman-Riem adverte para o perigo da abertura das “comportas da prevenção” em — Sicherheit braucht Freiheit —, op. cit., p. 123.

73 DENNINGER, Erhard — Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit — op. cit., p. 99.

74 HOFFMAN-RIEM, Wolfgang — Sicherheit braucht Freiheit — op. cit., p. 118.

A impossibilidade de determinar o “momento” e a “qualidade” do perigo leva a que se actue “no antecampo do perigo, no antecampo do suspeito e do próprio ‘antecampo do antecampo’”<sup>75</sup>. Por outro lado, existem instrumentos — como a armazenagem de comunicações electrónicas — que não partem de qualquer suspeito ou juízo de suspeição<sup>76</sup>.

Considera-se, contudo, que o desenvolvimento de estados “mais antecipados” de prevenção não pode ser acompanhado pela irrelevância dos direitos fundamentais,<sup>77</sup> devendo tomar-se em conta regras interpretativas de protecção de direitos fundamentais definidas em decisões do Tribunal Constitucional Federal, em especial a que criou, em 2008, o Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme.

Destacamos a necessidade de determinar com clareza os elementos de restrição, o respeito pelo princípio da proporcionalidade, nas suas manifestações mais exigentes, o respeito por uma “área cerne da vida privada” — valendo como uma ponte entre o direito clássico de defesa de perigos e o direito de carácter preventivo — e o direito de protecção da vida e da dignidade humana<sup>78</sup>.

Na dicotomia liberdade-segurança, a função arbitral tem competido ao referido princípio, porém a ausência de um “risco concreto” amputa um dos membros do binómio.<sup>79</sup> Assim, torna-se dogmaticamente credível a possibilidade de a garantia de segurança revestir a natureza de conceito em aberto<sup>80</sup>.

Atravessando o princípio do Estado de Direito pelas necessidades de garantia de segurança, corre-se o risco de transferir a política de segurança para o campo preliminar da formação de opiniões pelos membros da comunidade política.<sup>81</sup>

---

75 *Idem*, p. 123. Legislação desta natureza permite punir indivíduos que participem em actividades realizadas em campos de treino de organizações terroristas, independentemente de não se verificar a prática de actos que resultem numa violação de regras jurídicas. Os exemplos mais evidentes respeitam a cidadãos nacionais de Estados ocidentais que participam em actividades de cultura física e endoutrinamento, organizadas por grupos terroristas, no Afeganistão ou no Paquistão. A participação nessas actividades já é punida, não se carecendo de posteriores desenvolvimentos para considerar o indivíduo como inimigo.

76 *Idem*, p. 122.

77 DENNINGER, Erhard — Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit —, op. cit., p. 99.

78 *Idem*, p. 100–101.

79 HUSTER, Stefan e RUDOLPH, Karsten — Vom Rechtsstat zum Präventionsstaat? —, op. cit., p. 18.

80 *Idem*, p. 19.

81 *Idem*, p. 17.

Ou seja, o verdadeiro dilema está em evitar que o “Direito Penal” caia na “rua”, deixando que o “medo do outro” apague séculos de evolução histórica — no sentido da racionalização do recurso aos instrumentos de coacção e na criação de garantias individuais na relação com o Estado — em processos criminais. As soluções draconianas reclamadas pelas populações afectadas (ou as que temem sê-lo), quer na punição, quer nos processos de investigação e dissuasão, constituem uma ameaça aos pilares civilizacionais em que assentam as actuais regras de direitos fundamentais, em especial de carácter penal.

Muitos dos equívocos que contaminam a ponderação entre liberdade (nas suas várias acepções) e segurança partem do princípio de esta se resumir à “exclusão limitada da liberdade numa área determinada”. A “segurança” deve, portanto, ser interpretada de uma forma mais rica e integrada no contexto do Estado de Direito<sup>82</sup>:

*El bien público de la seguridad se corresponde con la necesidad de ser o de sentirse seguros y garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios: derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades, derechos de expresión y de comunicación, derecho a la calidad de vida, así como el derecho a controlar e influir realmente sobre las condiciones de las que depende, en concreto, la existencia de cada uno.*

Este conceito de “segurança funcionalizada” encontra um eco perfeito no “Sicherheit braucht Freiheit” de Hoffman-Riem. Como valor desapegado de outros, a segurança transmuta-se rapidamente em “repressão” e desrespeito por direitos e liberdades fundamentais<sup>83</sup>. Como “segurança de direitos”, o valor jurídico em causa dificilmente se compatibiliza com objectos vagos, sumários e abstractos, que facilmente acomodam fórmulas gerais de restrição, como “segurança nacional” ou “segurança pública”.

2.3. O recurso ao princípio da proporcionalidade levanta, porém, problemas conceptuais sérios. A jurisprudência constitucional alemã — decisão Telekommunikationsüberwachung de 1999<sup>84</sup> — admitiu o “princípio da propor-

82 MOCCIA, Sergio — Seguridad y Sistema Penal — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. II, p. 300–301.

83 Chega-se a uma situação de “injustiça legal” (gesetzlichem Unrecht). ALBRECHT, Peter-Alexis — Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht — in INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN UND RECHTSPHILOSOPHIE FRANKFURT A. M. (org.) — Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts. Francoforte: Peter Lang, 2007, p. 11.

84 BVerfGE 100, 313 disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv100313.html>> (20.11.2011).



cionalidade reversa”, segundo o qual, em circunstâncias determinadas, “quanto menos se sabe maior deve ser a capacidade de intervir na esfera privada dos cidadãos”. O ponto de partida assenta num bem jurídico especialmente valioso, relativamente ao qual um “certo” dano podia ter consequências extremas para a comunidade. Só depois são consideradas as possibilidades de violação do bem e a eventual prática de actos que contribuam para a referida infracção.

A doutrina extraída da decisão cabe no quadro preventivo do Direito Penal do inimigo, embora, quanto a nós, tenha um alcance mais vasto. Se a construção de Jakobs se baseia na recolha prévia de informações sobre indivíduos, para apurar da existência de “inimigos”, a “proporcionalidade reversa” baseia-se num perigo “cru” alheio a tarefas de investigação prévia. Quanto mais relevância adquire o bem jurídico e a possibilidade de ser afectado, tanto maior a possibilidade de intervenção a montante, independentemente do fraco conhecimento que exista relativamente a indivíduos — artificialmente concebidos como “suspeitos” — ou aos seus actos.

**2.4.** Um sector da doutrina penalista diagnostica a extensão da vertente penal a novos domínios e a existência moderna de um Direito Penal a várias velocidades.<sup>85</sup>

Relativamente ao primeiro caso, questiona-se o princípio da intervenção mínima<sup>86</sup>, fazendo-se menção à criação de novos tipos criminais resultantes de bens jurídicos de recente criação ou de uma criminalidade mais especializada<sup>87</sup>. Trata-se, por exemplo, da incriminação da lavagem do dinheiro negro provindo de actividades ilícitas como o tráfico de droga (que impõe a criação de um novo complexo normativo de carácter criminal).<sup>88</sup> Releva, igualmente, o aparecimento de novos riscos como a ciberdelinquência ou uma criminalidade cada vez mais organizada e sofisticada, carente, portanto, de diferentes tipos penais incriminadores<sup>89</sup>.

No que respeita ao Direito Penal a três velocidades, o autor distingue entre uma primeira velocidade, que qualifica como Derecho penal de La cárcel de tipo clássico (com as regras de imputação tradicionais, além da aplicação dos

85 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María — *La Expansión del Derecho Penal* —. Montevideo e Buenos Aires Julio Cesar Faira, 2008.

86 *Idem*, p. 2.

87 *Idem*, p. 5.

88 *Idem*, p. 12–13.

89 *Idem*, p. 14 e ss.

princípios processuais liberais típicos). Uma segunda velocidade refere-se a modelos sancionatórios de menor intensidade do que a prisão, expressa, por exemplo, em multas ou na privação de direitos a título acessório. A terceira velocidade (a mais recente) implica que a primeira velocidade seja acompanhada por uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras processuais de imputação e critérios processuais<sup>90</sup>. Aqui, entramos no território do Direito Penal do inimigo.

Silva Sánchez aceita a criação de Jakobs, na medida em que constitui um “mal menor” na realidade penal contemporânea. Afirma, no entanto, que o recurso que os Estados estão a fazer dos meios proporcionados pelo Direito Penal do inimigo excede, em muito, a natureza excepcional que lhes deve ser própria<sup>91</sup>.

O autor aceita a aplicação de regras penais diferenciadas a indivíduos que se encontrem frontalmente contra princípios políticos ou socioeconômicos das sociedades em que se inserem, desde que a utilização dessas figuras represente uma situação de emergência, exprimindo uma “espécie de Direito de Guerra”<sup>92</sup> e não já uma “debilidade anômica”<sup>93</sup>.

2.5. Partindo de uma “ideologia da segurança”, Nuria Pastor Muñoz apresenta um quadro legitimador da acção do poder público antes da prática de actos anteriores à situação perigosa. Trata-se da conversão em “risco” de elementos “imprevisíveis ou incontroláveis”<sup>94</sup>. A intervenção do Direito deve ocorrer antes da prática de actos que afectem bens jurídicos protegidos<sup>95</sup>.

Actua-se a montante do acto, com a função de combater o “perigo da prática de perigos”, assegurando uma necessária estabilidade social<sup>96</sup>.

90 *Idem*, p. 113.

91 *Idem*, p. 188.

92 *Idem*, p. 187.

93 CORNACCHIA, Luigi — La Moderna Hostis Iudicatio entre Norma e Estado de Excepción -, op. cit., vol. I, p. 418.

94 PASTOR MUÑOZ, Nuria — El Hecho: ¡Ocasión o fundamento de la Intervención Penal? Reflexiones sobre el Fenómeno de la Criminalización del Peligro de Peligro - in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. II, p. 527.

95 *Idem*, p. 528.

96 *Idem*, p. 531.

A acção do Direito Penal deve, porém, restringir-se a casos de “manifestação séria de perigosidade subjectiva”, sendo que a perigosidade deve ser exteriormente manifestada através de um “acto de comunicação”, como, por exemplo, fazer parte de uma organização terrorista<sup>97</sup>.

A autora procura na “criação de tipos autónomos contra a segurança” o recurso a um “bem jurídico supraindividual” que se define pela forma negativa, afastando-se a sua relação com tipificações afastadas da realidade concreta de uma sociedade determinada<sup>98</sup>. A construção em análise termina com a aceitação de uma função preventiva do Estado que, quando excedida, reveste a natureza de “medida de segurança”<sup>99</sup>.

Sem aludir ao Direito Penal do inimigo, esta tese procura conservar dentro das ameias do Direito Penal — com a aplicação de causas de justificação, e não de uma tipologia criminal específica — eventuais comportamentos que se repercutam para lá dos pressupostos acima assinalados. Reciclar os excessos com vista a evitar a intervenção jurídico-sancionatória sobre responsáveis de investigações criminais pode não ser o desiderato da autora, mas é um dos possíveis resultados da tese avançada.

A tentativa de introduzir elementos “objectivos” na proposta “medida de segurança” procura assentar a sua força na limitação dos requisitos da intervenção preventiva, mas encontra a sua fraqueza na aplicação da medida de segurança apenas a “excessos de reacção”<sup>100</sup>.

2.6. A apreciação feita por Miguel Polaino Navarrete e Miguel Polaino-Orts propõe um Jakobs como mero “ilustrador” da realidade que já inclui, capeada por outras designações, regras próprias do Direito Penal do inimigo<sup>101</sup>:

*Jakobs no inventa el Derecho Penal del enemigo “de la nada”, sino que analiza casos de la realidad positiva en países democráticos, figuras ya existentes; é les llama supuestos de Derecho Penal del enemigo, lo cual no significa que dichos casos deban su existencia al observador, sino que preexisten a él, al haber sido creados por el legislador, por el Estado. Las consideraciones de Jakobs son*

97 *Idem*, p. 534.

98 *Idem*, p. 543.

99 *Idem*, p. 544.

100 *Ibidem*.

101 POLAINO NAVARRETE, Miguel e POLAINO-ORTS, Miguel — Derecho Penal de Enemigo: Algunos Falsos Mitos —, op. cit., p. 632.

*descripción de la realidad, que Jakobs no crea, no propone, no modifica, únicamente valora, describe y designa con un nombre.*

Os autores entendem que já existem figuras tradicionais que podem integrar “elementos subjectivos do ilícito”, como a punição da tentativa e de actos preparatórios.<sup>102</sup> A pena acessória de afastamento do agressor da vítima nos crimes de maus-tratos familiares fornece outro exemplo, na medida em que se se considera que o primeiro não dispõe de condições pessoais mínimas para pautar o seu comportamento com o Direito<sup>103</sup>.

Com base nos exemplo do crime de maus-tratos, afigura-se claro aos autores que está em causa a perigosidade do indivíduo e a sua capacidade de se autodeterminar de acordo com o Direito<sup>104</sup>.

Distinguem-se as situações em que predomina a “convicção” na prática do acto criminoso, e as próprias da “criminalidade cidadã”. Nesta, regista-se uma “comunicação defeituosa”, seguida de uma “irritação social”, ou seja, um “deslize (erro) reparável”<sup>105</sup>.

A leitura dos textos de Jakobs não permite acompanhar Miguel Polaino Navarrete e Miguel Polaino-Orts. O que está em causa para o autor alemão centra-se no ser antes de qualquer acção praticada. Mesmo que a palavra inimigo fosse substituída por especial perigosidade,<sup>106</sup> nenhum problema substancial seria resolvido. No que a protecção de dados respeita, os principais problemas colocados por esta tese respeitam aos momentos prévios, sem quaisquer actos praticados, e já com um conjunto substancial de medidas intrusivas adoptadas pelas entidades de investigação.

Tomando a guerra como pólo comparativo, o “inimigo é uma arma” que importa neutralizar através dos mecanismos da “despersonalização” e da perda de “direitos da personalidade”, bem como de direitos fundamentais de carácter comunicacional.

**2.7.** Apesar de se apresentar como uma importante corrente da doutrina contemporânea, o Direito Penal do inimigo está longe de ser aceite pela maioria

---

102 *Idem*, p. 631.

103 *Idem*, p. 625.

104 *Idem*, p. 627.

105 *Idem*, p. 626.

106 *Idem*, p. 656.

dos especialistas, e sofre uma contestação muito ampla na literatura jurídica. O objecto da dissertação que apresentamos não se compadece com um estudo especializado sobre o tema. Afigura-se, porém, importante oferecer um quadro panorâmico mínimo, porque as informações fornecidas nesta sede adquirem uma indiscutível importância na avaliação do princípio da dignidade e da matéria relativa à protecção de dados.

Cancio Meliá considera que o direito penal do cidadão é um pleonasma, enquanto o direito penal do inimigo é uma contradição nos próprios termos<sup>107</sup>. Ao introduzir diferenças na classificação jurídico-penal das normas a aplicar, o Direito Penal do inimigo traduz-se numa opção politicamente errada e juridicamente inconstitucional<sup>108</sup>. Relativamente a este último aspecto, está em causa o Direito Penal do inimigo, como reportado ao autor e não ao facto<sup>109</sup>.

Outra frente argumentativa relativamente à construção em apreciação consiste na inadmissibilidade da manipulação do conceito de “cidadão”. Este se encontra delimitado pela Constituição e pelas leis, não admitindo interpretações contrárias ou apostasias<sup>110</sup>.

Em sentido idêntico, Kai Ambos considera que o Direito Penal do inimigo é uma contradição, e não um direito. Trata-se essencialmente de uma “actividade de defesa perante perigos” e não de um direito penal, ainda que repressivo<sup>111</sup>.

2.8. Alejandro Aponte relaciona o Direito Penal do inimigo com as metas de “eficiência” impostas pelas políticas criminais<sup>112</sup>. Atendendo ao seu aligeiramento processual e a uma ideia subjacente de racionalidade administrativa, a “eficiência” passou a medir-se por resultados que são não julgamentos realizados, mas condenações<sup>113</sup>. Os efeitos da perversão desta política da eficácia penal são evidentes<sup>114</sup>:

---

107 CANCIO MELIÁ, Manuel — De nuevo: ¿‘Derecho Penal del Enemigo’? —, op. cit., p. 89.

108 *Idem*, p. 124.

109 *Idem*, p. 128

110 *Idem*, p. 133.

111 AMBOS, Kai — Derecho Penal del Enemigo — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 152.

112 APONTE, Alejandro — Derecho Penal del Enemigo en Colombia: entre la Paz y la Guerra — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 211.

113 *Idem*, p. 212.

114 *Idem*, p. 212–213.

*En virtud incluso de este nuevo paradigma de la eficacia, cuando el sistema penal produce una sentencia absolutoria, se dice que se trata de impunidad. Es decir, si un fiscal no encuentra méritos para proseguir la investigación o si un declara una persona inocente, entonces se dice que no funciona el sistema penal, que se ha producido una situación de ineficacia es decir, de impunidad. Así entonces, de manera general se puede decir que el eficientismo penal es un modelo de Derecho penal de emergencia.*

Trata-se de um Direito marcadamente influenciado por propósitos políticos, ou político-eleitorais, que se desprende das formas básicas de garantismo processual invertendo a regra da “administração da justiça” para “justiça administrativa”<sup>115</sup>. De um ponto de vista formal, continua a funcionar um sistema jurisdicional, com decisões adoptadas por tribunais independentes, mas a transformação da cultura judicial associada às transformações legislativas conduz o processo penal a uma réplica kafkiana, com criminosos presumidos.

A concepção da política criminal como parcela da política de justiça coloca em crise o “princípio da intervenção mínima”. O Direito Penal deixa de ser concebido como ultima ratio, para passar a ser utilizado como prima ratio<sup>116</sup>, caminhando-se para uma sociedade dominada por comportamentos tipificados como crimes a que correspondem “evidentes” penas<sup>117</sup>.

A limitação das garantias de processo penal, nos termos expressos por Günther Jakobs, favorece a “prevenção geral positiva” que, do ponto de vista político, pode “explorar a ignorância do homem comum” oferecendo uma falsa garantia de segurança<sup>118</sup>.

115 Na doutrina portuguesa afirmou-se já que a bifurcação do Direito Penal proposta por Jakobs corresponde a um virar de costas àquela exigência de respeito pela dignidade da pessoa e a todo o quadro de valores que o impõe como exigência máxima de regulação jurídica, mesmo em situações de exceção constitucional. GARCIA MARQUES, Pedro — Comentário ao artigo 25.º - in MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui de (orgs.) — Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, Tomo I, p. 590.

116 APONTE, Alejandro — Derecho Penal del Enemigo en Colombia: entre la Paz y la Guerra —, op. cit., p. 215.

117 Sobre diferenças quanto à teoria da pena, ver SILVA DIAS, Augusto — “Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibitia”. Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica — . Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 425.

118 GOMES, Luís Flávio e BIANCHINI, Alice — Derecho Penal del Enemigo y los Enemigos del Derecho Penal — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 953.

2.9. A discussão do *Direito Penal do inimigo* é acompanhada pelo consequente debate sobre o *Direito Processual Penal do inimigo*<sup>119</sup>.

A jurisprudência alemã do BGHSt já considerou que a assunção da culpa pelo agente numa conversa gravada, embora forjada pela polícia, não põe em causa a proibição da auto-incriminação (decorrente do princípio geral *nemo tenetur*), numa clara concessão à doutrina do *Direito Penal do inimigo* na sua tradução processual<sup>120</sup>.

Na decisão *Hörfalle* (1996)<sup>121</sup>, o Tribunal analisou uma situação em que um sujeito — *agent provocateur* — foi instado pelas autoridades policiais a manter uma conversa telefónica — ouvida pela polícia — com um suspeito da prática de um crime, de modo a obter deste uma declaração sobre o seu envolvimento no ilícito.

O suspeito desconhecia quer a investigação criminal quer a presença fiscalizadora da polícia, no momento do telefonema. A decisão foi no sentido de, pelo menos no caso concreto, dever ser aceite o conteúdo da conversa como meio de prova invocável em juízo, dada a natureza violenta do crime (violação de domicílio e roubo com utilização de armas de fogo) e as perdas de eficácia que resultariam para a investigação com a utilização de outros métodos.

Na argumentação utilizada pelo Tribunal esteve essencialmente em causa a demonstração de que o comportamento da polícia não violava o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou da proibição da auto-incriminação. Considerou-se que as autoridades não violaram o citado princípio porque não existiu coacção. O acusado falou livremente contra si. A co-audição num auscultador não conhecido pelo sujeito não penetra na área privada protegida.

O princípio *nemo tenetur* não protege o sujeito da “liberdade para induzir o suspeito em erro”. O Tribunal considera a situação análoga à do “agente infiltrado”.

O Tribunal considerou, ainda, que não se verificou a violação do princípio da autodeterminação informacional. Um terceiro ouvir declarações do acusado não vai contra a *informationelle Selbstbestimmung* porque, segundo o Tribunal, actualmente todos os que comunicam através de redes móveis devem admitir que possam ser ouvidos.

119 Utilizando a expressão de MUÑOZ CONDE, Francisco — De la prohibición de la autoincriminación al Derecho del enemigo — in SERRANO-PIEDRACASAS, José Ramón e DEMETRIO CRESPO, Eduardo (orgs.) — Terrorismo y Estado de Derecho, op. cit., p. 116.

120 Ver crítica da decisão em MUÑOZ CONDE, Francisco — De la prohibición de la autoincriminación al Derecho del enemigo —, op. cit., p. 117 e ss.

121 Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs042139.html>> (21.11.2011).

Apesar de não existir uma referência ao Direito Penal do inimigo, o Tribunal afirma claramente que, perante certos crimes, as regras de processo penal devem ser interpretadas, de acordo com o princípio da proporcionalidade, de forma a limitar a sua “intensidade garantística”.

Nas suas considerações sobre a autodeterminação informacional, há a notar que a doutrina gizada pelo Tribunal se traduz numa inversão total das regras comunicacionais num Estado de Direito. A presunção de que se está sob vigilância atenta contra os princípios básicos num sistema de direitos fundamentais assente no princípio da dignidade da pessoa humana. Para uma sociedade liberal, a comunicação sem limites é uma condição prévia fundamental<sup>122</sup>.

### 3. GÜNTHER JAKOBS E CARL SCHMITT: A VERDADE DAS APARÊNCIAS

*La sombra de Carl Schmitt se proyecta en todo este tema. Nadie como él ha indagado y legitimado los estados de excepción y la reducción de la lucha política a una forma de guerra. Nadie más que él ha tenido la suerte de legar sus reflexiones tanto a un régimen totalitario como el nacionalsocialista, como al destino de la historia de las doctrinas políticas y del derecho público de todo el siglo XX. No cometeremos, portanto, la ingenuidad de fingir que no haya nexos entre algunas doctrinas y el pensamiento autoritario o la misma realidad política nazi, ni el error de reconducir su discurso a una reflexión sin más valor que el de un anticuario, pero tampoco la injusticia de ignorarlo por una cuestión de no “expeditor” constitucional<sup>123</sup>.*

*[T]anto Jakobs como algunos de sus discípulos han pretendido ofrecer legitimación al violento reingreso de la teoría del estado de excepción schmittiana, del concepto de enemigo injusto y de la guerra justa como manifestación primigenia de un Derecho penal que, de ese modo, se militariza<sup>124</sup>.*

122 SCHARR, Peter — *Der Rüstungswetlauf in der Informationstechnologie* in HUSTER, Stefan e RUDOLPH, Karsten (orgs.) — *Vom Rechtsstat zum Präventionsstaat*, op. cit., p. 56.

123 DONINI, Massimo — *El Derecho Penal Frente al ‘Enemigo* — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 609.

124 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo — *La Legitimación Doctrinal de la Dicotomía Schmittiana en el Derecho Penal y Procesal Penal del ‘Enemigo* — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 686.



Apesar de rechaçar a filiação em qualquer escol que remonte a Carl Schmitt, parece-nos inegável a influência deste no pensamento de Jakobs. Desde logo na designação da doutrina do Direito Penal, dado que o “inimigo” faz parte de uma contraposição essencial no pensamento de Schmitt<sup>125</sup>.

Ao contrário de Hobbes, também defensor de uma sociedade regida por um poder singular, eficaz no combate ao medo na relação entre os homens, Carl Schmitt nega soluções de origem pactícia. O povo reconhecido como “massa indistinta” (*ungebildeten Masse*) não disporia de capacidade para participar num “contrato originário” reconhecendo o titular da potestas<sup>126</sup>.

Para o autor inglês, é na guerra dos homens entre si — *bellum omnium contra omnes* — que se encontram as bases da futura contratualização. Schmitt introduz à partida o conceito de “inimigo” das relações entre os homens (*Jeder ist daher jedes andern Feind und Konkurrent*)<sup>127</sup> no estado primitivo ou de natureza (*Naturzustandes*)<sup>128</sup>.

Enquanto o modelo de Hobbes assenta no medo, a doutrina da excepcionalidade de Schmitt repousa no perigo.

3.1. A distinção radical “amigo/inimigo” (*Freund und Feind*)<sup>129</sup> domina a dinâmica do pensamento de Schmitt, fornecendo o elemento subjectivo ao Estado como “monopólio do político”<sup>130</sup>.

Ao contrário das relações de antinomia valorativas noutras áreas do viver humano, como a moral (bem/mal), a estética (bonito/feio) e a economia (rentável/não rentável), a cissão política dual demarca um absoluto e um foco possível, provável (e até, por vezes, necessário) de guerra externa ou civil. A

---

125 KINDHÄUSER, Urs — Retribución de la Culpabilidad y Prevención en el Estado Democrático de Derecho — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 159. Bernd Müssig afirma peremptoriamente que existe uma associação entre o conceito de Direito Penal do inimigo e a declaração estatal do inimigo - Derecho Penal del Enemigo: Concepto y Fatídico Presagio. Algunas Tesis — op. cit., vol. II, p. 383.

126 SCHMITT, Carl — Die Diktatur — Berlim: Duncker & Humboldt, 2006 (1.<sup>a</sup> ed. 1921), p. 9.

127 SCHMITT, Carl — Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes — Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1938, p. 3.

128 *Ibidem*.

129 SCHMITT, Carl — Der Begriff des Politischen — op. cit., p. 29.

130 Idem, p. 23. O Estado total resulta de uma absorção da sociedade: total Staat der Identität von Staat und Gesellschaft (p. 24).

demarcação expõe o “sentido de designar o grau extremo de intensidade de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação”<sup>131</sup>.

O inimigo político é o “outro”, o “estranho”<sup>132</sup>, logo a manutenção do “ser” implica a necessidade do conflito, quando esteja em causa uma “forma de existência”<sup>133</sup>. Porque do reduto do “político” se trata, o inimigo é-o sempre e, necessariamente, público. A área social é a única que consente a fricção amor/ódio.<sup>134</sup> Para Schmitt, o inimigo não se odeia, combate-se, na guerra, pagando com a vida. A relação “amigo/inimigo” baseia-se numa “totalidade” e não no puro plano interpessoal<sup>135</sup>.

O “inimigo-outro” não está contaminado por nuvens psicológicas de natureza afectiva. O “inimigo não se escolhe: ele é”. A “inimizade” é, acima de tudo, uma relação de diferença e preservação da integridade de um grupo humano, de uma “totalidade de sentido”. Explica-se, desta forma, que o inimigo não tenha os qualificativos de “feio” ou “mau”, podendo, quando as condições da vida o permitam ou imponham, ser parceiro comercial ou intervir noutro tipo de relações vantajosas. Mas estas eventuais trocas e relações não iludem o essencial: é permanente a possibilidade e o perigo do conflito<sup>136</sup>.

Os conceitos de amigo, inimigo e guerra adquirem o seu sentido real na relação com o “matar físico”. A guerra resulta da inimizade, porque só esta é a negação do “outro”.<sup>137</sup>

Ao contrário da estrutura de Hobbes, em Schmitt não há lugar para o medo; este é um “sentimento privado”, logo, desfalcado de natureza política.

**3.2.** A teoria normativa de Schmitt assenta, tal como o Direito Penal do inimigo, num lastro de excepcionalidade. Numa das suas obras fundamentais,

---

131 *Idem*, p. 27.

132 *Ibidem*.

133 *Ibidem*.

134 O “ama o teu inimigo” bíblico tem de ser compreendido pela raiz latina. O livro sagrado encerra *diligite inimicos vestros* e não *diligite hostes vestros*. Assim, conclui Carl Schmitt, *Feind ist hostis, nicht inimicus*. In *Idem*, p. 29.

135 *Idem*, p. 33.

136 *Ibidem*.

137 For Schmitt, a friend is a fellow member of a homogeneous nation or people, and the criteria for homogeneity are determined existentially — by a genuine decision as to the existence of such a unit within the parameters of a particular situation. Conversely, an enemy is just that individual or group is excluded by the criteria of substantive homogeneity which are given in the decision. DYZENHAUS, David — *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar — Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 41.

Schmitt distingue as duas constituições de Weimar, fixando a distinção entre o Estado regido pelas “leis parlamentares aprovadas pela assembleia legislativa”<sup>138</sup> e a normação aprovada *ratione temporis ac situationis* [*ratione necessitatis*] pelo titular do poder executivo através de “medidas legislativas” previstas no art.º 48.º, n.º 2, da Constituição<sup>139</sup>. Qualifica a “democracia parlamentar” como simples procedimento funcional de cálculo aritmético<sup>140</sup> e neutro, relativamente a valores<sup>141</sup>. O desenvolvimento mais prejudicial para a comunidade traduz-se na “neutralidade como ausência de valores”, permitindo-se a aceitação de “inimigos políticos”. Com este contexto teórico, a neutralidade absoluta pode representar o “fim da legalidade” e, no limite, o “suicídio” da regulação comunitária. Esta progressão formal do Estado liberal leva a que se conclua pela ausência de “objetivos inconstitucionais”.<sup>142</sup> A Constituição a serviço desse Estado (Schmitt trabalha no quadro da Constituição de Weimar) pode ser manobrada como puro meio<sup>143 144</sup>.

3.3. A acção parlamentares em Carl Schmitt é suprimida pelas medidas do Estado administrativo (*die Maßnahme des Verwaltungssates*), encontrando como fundamento o art.º 48.º, n.º 2, da Constituição de Weimar (que atribuía competências excepcionais ao Presidente do executivo perante circunstâncias relacionadas com o perigo para a segurança e a ordem públicas.<sup>145</sup> Atendendo às condições para as quais foram idealizadas, as “medidas administrativas” superam a legislação parlamentar<sup>146</sup>: a normalidade constitucional é, assim, interrompida, tal como o Direito Penal é sucedido pelo Direito Penal do inimigo. A “situação excepcional” permite a suspensão, não só de direitos fundamentais

138 SCHMITT, Carl — *Legalität und Legimität* —. Berlin: Duncker & Humboldt, 2005 (1.ª ed. 1932), p. 38 e ss.

139 *Idem*, p. 66.

140 *Idem*, p. 42.

141 *Idem*, p. 44.

142 *Idem*, p. 47.

143 *Idem*, p. 49.

144 Schmitt refere-se, ainda, ao legislador *ratione supremitatis*, concretizado na legitimidade plebiscitária popular que estabelece uma ruptura (Riß), op. cit., p. 57. O povo coloca-se acima do legislador ordinário através do *Volksgesetzgebungsverfahren*, op. cit., p. 58.

145 *Idem*, p. 67.

146 *Ibidem*.

(enraizados na liberdade e na propriedade), mas também da reserva legislativa parlamentar constitucionalmente traçada<sup>147</sup>.

A superioridade do poder executivo, relativamente ao Parlamento, decorre da competência para a aplicação das “medidas administrativas”, inclusivamente sobre a “lei”. A sequência lógica está na dupla composição do executivo empossado para agir em circunstâncias excepcionais<sup>148</sup>, não se distinguindo o legislativo do administrativo. Por esta razão, o legislador, para quem os direitos fundamentais valem como limite normativo, deixa de existir<sup>149</sup>. Em consequência, cria-se um “espaço livre” — não sindicável judicialmente — de aplicação das medidas efectivas necessárias para a prossecução das “finalidades administrativas”<sup>150</sup>. Abre-se, assim, o espaço da “ditadura” a ser exercida pelo ditador como homem mais poderoso, como “comandante do exército”<sup>151</sup>.

Baseado na duplicidade da Constituição de Weimar, dividida entre o Parlamento e o poder executivo, o ditador “decide”<sup>152</sup> por este na tentativa de obter uma ordem substancialmente vinculada e não neutral<sup>153 154</sup>.

Para Schmitt, com o direito de excepção a “verdade vinga-se”<sup>155</sup>. Ou seja, em situação de emergência, compete ao ditador assumir todas as medidas necessárias para controlar a situação adversa e “vencer o inimigo”.<sup>156</sup> Em ditadura, o propósito necessário respeita à “finalidade” prosseguida pela “mera acção executiva” e não à “obediência a regras jurídicas”.<sup>157</sup> O direito de excepção, aplicado pelo poder executivo, obriga à “suspensão temporária da Constituição”<sup>158</sup>.

---

147 *Idem*, p. 70.

148 *Idem*, p. 68.

149 *Idem*, p. 69.

150 *Idem*, p. 70.

151 Schmitt, Carl — *Die Diktatur* —, op. cit., p. 3.

152 Para uma análise completa, ver AGAMBEN, Giorgio — *Stato di Eccezione* —. Turim: Bollati Boringhieri, 2010, p. 24.

153 SCHMITT, Carl — *Legalität und Legimität* —, op. cit., p. 91.

154 Para uma apreciação na doutrina portuguesa, ver GOUVEIA, Jorge Bacelar de — *O Estado de Excepção no Direito Constitucional* —. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1589–1590.

155 SCHMITT, Carl — *Legalität und Legimität* —, op. cit., p. 91.

156 SCHMITT, Carl — *Die Diktatur* —, op. cit., p. 11

157 *Ibidem*.

158 *Idem*, p. 133.

3.4. O pensamento de Schmitt não se consubstancia numa construção sem fontes. A ditadura romana, tomada em sentido técnico, tem uma influência importante na obra: o ditador (i) cria uma resposta constitucional à necessidade de um poder unipessoal forte<sup>159</sup>; (ii) elimina temporariamente o princípio da colegialidade<sup>160</sup>; (iii) desenha — através de um órgão singular — a estrutura institucional para as excepcionalidades constitucionais: *dictador est qui dictat*<sup>161</sup> e, apesar de não dispor de competência legislativa, pode fazer “silenciar as leis”<sup>162</sup>.

Estes elementos são fundamentais para a teorização geral de Carl Schmitt: estruturar o Estado-poder a partir do executivo e do acto, fazendo recuar as assembleias jacobinas e a lei, tal implicando uma larga margem de apreciação discricionária na aplicação do Direito. A verdadeira natureza do poder observa-se no estado de excepção<sup>163</sup> — não de normalidade — constitucional, em que a comunidade está ameaçada pelo “inimigo”. É essa é a permanente realidade política.

3.5. A proximidade discursiva entre Jakobs e Schmitt afigura-se demasiado óbvia para poder ser ignorada. Em ambos existe um direito de excepção aplicável a uma categoria específica de não pessoas; a excepção torna-se regra e a Constituição, associada aos aspectos garantísticos de defesa, é suspensa.

Apesar de uma métrica idêntica, Schmitt não confina a sua doutrina a um ramo do Direito (Direito Penal como em Jakobs), antes procurando nela as bases para uma teoria geral do Estado. O contraponto “amigo-inimigo” torna-se o ponto de partida para desenvolvimentos que conduzem a uma “dicotomia permanente” nas sociedades humanas que obriga a decisão básica de vencer ou ser vencido; de confiar o poder a uma estrutura executiva forte e sem limitações metapositivas ou de claudicar seguindo a procedimentalização burocrática das democracias parlamentares, animadas pelos primados da lei e da representação.

Schmitt apeia o Estado constitucional-liberal em favor da superior sujeição à legitimidade administrativa do acto de poder.

---

159 *Idem*, p. 1.

160 *Ibidem*.

161 *Idem*, p. 2.

162 *Ibidem*.

163 Para uma análise das origens do “estado de excepção”, ver AGAMBEN, Giorgio — *Stato di Eccezione* —, op. cit., p. 13 e ss.

#### 4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

*Puesto que el Derecho Penal es un arma, en tanto en cuanto gestiona la fuerza del Estado, corre el peligro siempre de transformarse en un instrumento de guerra y de violencia incluso en los casos más normales que dan lugar a su intervención*<sup>164</sup>.

A relação entre o Direito Penal do inimigo e o princípio da dignidade humana tem repercussões importantes, nomeadamente no que respeita à aquisição do estatuto de pessoa e, consequentemente, à “despersonalização”. Respeitando o princípio da dignidade humana, a atribuição das qualidades de “pessoa” e “cidadão” não depende do comportamento do sujeito, pelo que existe uma incompatibilidade de raiz entre o citado princípio e a construção de Jakobs<sup>165</sup>.

A juridificação da “dignidade” encontra-se no pólo oposto ao Feindstrafrecht. A seu tempo observaremos que a “dignidade humana” foi trazida para o Direito, especialmente para o Direito Constitucional, com o propósito de evitar a gradação dos indivíduos. Os registros públicos utilizados para identificar a população alemã judaica<sup>166</sup> visavam a sua subsequente degradação em seres “sub-humanos”.

Rigorosamente, o “inimigo” de Jakobs está sujeito a um Direito Penal especial — com forte pendor processual —, mas não é colocado “fora do Direito” ou “fora da apreciação pelas instituições do Estado”. Esta asserção tem consequências importantes: (i) o “inimigo” não é entregue a qualquer espécie de “justiça popular”. Sendo o seu comportamento apreciado por tribunais do Estado; (ii) as medidas especiais aplicáveis ao “inimigo” não estão subtraídas ao princípio da legalidade; (iii) o Feindstrafrecht está sujeito a um “princípio da proporcionalidade específico”, o que significa que o afastamento

164 DONINI, Massimo — El Derecho Penal Frente al ‘Enemigo —, op. cit., p. 604.

165 NEUMANN, Ulfried — Derecho Penal del Enemigo — in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. II, p. 408–409.

166 Não esquecemos que entre as vítimas colectivas do nazismo estão, também, as populações romena e eslava, os homossexuais e muitos portadores de deficiência. Porém, a procura destas categorias de cidadãos não teve uma base acentuadamente documental, como ocorreu com a população judaica alemã.

relativamente ao Direito Penal dos cidadãos deve desenvolver-se, tendo em atenção a “perigosidade” do potencial inimigo ou do seu comportamento; (iv) o resultado dos enunciados apresentados leva a que consideremos que, com o Direito Penal do inimigo, este é expulso da “comunidade das pessoas dignas”, afastando-se o princípio da igualdade.

Em poucas palavras, a doutrina alemã do pós-guerra talhou o princípio da dignidade humana, como princípio basilar e conformador dos direitos fundamentais, com o exacto propósito de afastar construções com os contornos dogmáticos da tese do Direito Penal do inimigo.

Em contextos político-sociais em que o medo impera e o terrorismo é uma ameaça, torna-se difícil aceitar limitações às políticas de segurança impostas por regras e princípios de protecção de dados. A crítica mais vulgar afirma que a “protecção de dados é a protecção do criminoso” (*Datenschutz ist Täterschutz*)<sup>167</sup>.

As concepções que advogam a existência de um Direito Penal do inimigo repercutem-se, de forma clara, na privacidade e protecção de dados. A acção preventiva exige um conhecimento prévio do sujeito, construindo uma especial segurança cognitiva de modo a antecipar riscos<sup>168</sup>.

Michael Pawlik, discípulo de Günther Jakobs, analisou as relações entre o Direito Penal e a esfera privada, começando por se referir ao primeiro como meio preventivo radical na luta contra o terrorismo<sup>169</sup>. O autor esclarece que a inexistência de uma esfera privada contribui para a despersonalização do indivíduo, e que a “privacidade” não só abarca o mundo dos sonhos e dos pensamentos, mas também é abrangida pelos actos praticados em concretização destes<sup>170</sup>.

O reconhecimento da esfera privada estende a intervenção do Estado a uma área que ainda não comporta a prática de actos, referindo-se um verdadeiro “Direito Penal dos pensamentos”<sup>171</sup>. Ao cabo e ao resto, basta que se verifique

167 DIX, Alexander — *Hat der Persönlichkeitsrechts — und Datenschutz bei Politikern (noch) eine Chance — Datenschutz als leichte Beute? Zum Problembewusstsein von Politikern* in GRYKEN, Sandro e KURZ, Constance (orgs.) — 1984.exe: Gesellschaftliche, politische und juristische Aspekte moderner Überwachungstechnologien. Bielefeld: Röckenhaus, 2007, p. 151.

168 CANCIO MELIÁ, Manuel — *De nuevo: ¿Derecho Penal del Enemigo?*—, op. cit., p. 129.

169 PAWLICK, Michael — *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modern Terrorismus* —, op. cit., p. 26.

170 *Idem*, p. 26–27.

171 *Idem*, p. 35.

uma “intenção malévola”, no domínio do Direito Penal do inimigo, para que um comportamento que, noutras situações, seria pura e exclusivamente privado passe para a área criminal.<sup>172</sup> Refere-se, também, que a aprendizagem de uma actividade para a prática de actos terroristas deve ser avaliada em sede penal (numa clara influência dos acontecimentos do 11 de Setembro de 2001)<sup>173</sup>.

Na relação entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo, observa Pawlik, na linha de Jakobs, que o terrorismo acabou por legitimar este último.

O indivíduo pode perder a condição de cidadão, através de comportamentos que lhe sejam imputáveis. Trata-se de um fenómeno de “exclusão” que numa sociedade liberal assume sempre a natureza de “auto-exclusão”<sup>174</sup>. Essa exclusão leva à “despersonalização” e à qualificação do indivíduo em termos análogos aos que apreciamos em Jakobs<sup>175</sup>.

O Direito Penal do inimigo também pode ser analisado relativamente à dosimetria das penas e aos métodos utilizados para o conhecimento das actividades dos inimigos ou suspeitos de o serem.

4.1. A primeira pergunta que devemos fazer sobre o Direito Penal do inimigo respeita, a saber, “quem o é”<sup>176</sup>, “quem o pode ser”<sup>177</sup> e — hipótese extrema, mas válida dentro do contexto doutrinário que temos analisado — “quem já o é, e ainda não integrou o facto na sua ‘auto-apresentação’”. Aos aparelhos estatais de acção judicial e de investigação cumpre (com especificidades ditas por cada caso concreto) “prevenir” os atentados do inimigo, tendo para isso de o “conhecer”. Daí que seja competência do Estado definir o âmbito material do inimigo.

---

172 *Ibidem*.

173 *Ibidem*.

174 *Idem*, p. 38.

175 *Idem*, p. 40–41.

176 Já à pergunta “o que é?”, é possível afirmar que se trata de “objectos de neutralização” e não de “sujeitos reconhecidos pelo Direito”. Ver CORNACCHIA, Luiggi — *La Moderna Hostis Iudicatio entre Norma e Estado de Excepción* —, op. cit., p. 415.

177 Como nota José Luis Diez Ripollés, estes métodos podem contribuir para a consolidação de desigualdades sociais e de fomento da exclusão de certas parcelas da população - *De la Sociedad de Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado* - in CANCIO MELIÁ, Manuel e GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (orgs.) — op. cit., vol. I, p. 592. Atribuindo ao Direito Penal do inimigo um carácter estigmatizante, ver DONINI, Massimo — *El Derecho Penal Frente al Enemigo* —, op. cit., p. 616.



Esta fase só se cumpre com uma intervenção muito ampla relativa ao “conhecimento da personalidade do inimigo ou potencial inimigo”. Legitima-se, desta forma, uma interferência extrema sobre a *privacy* e os dados pessoais do “inimigo” ou do “suspeito de inimizade”, essencialmente por via administrativa, de modo a evitar o controlo judicial. A definição de perfis, a “história de cada criminoso” ou “potencial criminoso” são o objecto de estudo preferencial dos serviços que têm por função aplacar previamente a acção do inimigo.

Um Direito Penal do inimigo só é concebível como Direito Penal da “atitude interna” ao qual está subjacente um “prognóstico de falta de fidelidade” ao ordenamento jurídico. Em suma, o Direito Penal do inimigo entra, por natureza, em ruptura com o respeito pelo *forum internum* do indivíduo. Neste sentido, as consequências do Direito Penal do inimigo para o processo penal são imprevisíveis<sup>178</sup>.

Para Pawlik, os sacrifícios em causa têm um peso muito menor do que os perigos que carecem de protecção<sup>179</sup>. A repercussão social do crime justifica uma metodologia baseada na redução do “inimigo” ou do “suspeito de inimizade” a mero “objecto” portador de informações, cujo conhecimento é fulcral para evitar o dano social resultante da prática de um crime extraordinariamente lesivo para a comunidade ou de crimes que, embora não adquiram essa dimensão, revistam natureza instrumental (por exemplo, furtos ou roubos com a intenção de adquirir fundos para a prática de actos terroristas)<sup>180</sup>.

O perfil pessoal e de “comportamentos” — muitas vezes criado através da recolha de dados pessoais sem o respeito pelos princípios da finalidade — permite com base, ora em elementos fiáveis, ora em puras casualidades, definir “inimigos” e “suspeitos” de o serem. É pensável o caso do “suspeito de ser suspeito” detectado mesmo antes da sua “auto-apresentação” como tal. A doutrina do Direito Penal do inimigo permite a acção prévia de prognose de “inimizade”, mesmo que nunca se verifiquem actos materiais que justifiquem a “inscrição inicial”.

178 MÜSSIG, Bernd — *Derecho Penal del Enemigo: Concepto y Fatídico Presagio*. Algunas Tesis — op. cit., vol. II, p. 388.

179 *Idem*, p. 389.

180 AWLICK, Michael — *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modern Terrorismus* — op. cit., p. 49.

O esquema social de garantia da segurança permite reforçar os elos internos dentro da comunidade, de uma forma contrária aos princípios e direitos constitucionalmente previstos (desde logo o princípio da igualdade).

Através de um processo artificial, a comunidade encontra na “exclusão” uma forma de se tornar mais “inclusiva”.

## CONCLUSÃO

No contexto do Direito Penal do inimigo, o direito à privacidade e à protecção de dados pessoais conhece uma ablação muito próxima da supressão.

O Direito Penal do inimigo aplica-se não só ao “inimigo”, mas também, e de uma forma extrema, ao “suspeito de ser inimigo”. Assim, esse Direito Penal do inimigo consubstancia um Direito essencialmente processual, fornecendo, ao poder público, os instrumentos necessários para superar as regras de protecção de dados, com o objectivo de “detectar o inimigo”.

Recusando a construção da dicotomia liberdade-segurança como conflito de valores, mas, outrossim, como conflito de direitos, interpretamos as dogmáticas securitárias como um desfavor ao contrato social — dado que este implica como contraentes pessoas, com as subjectividades inerentes — concretizando um factor de rescisão contratual.

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE BRASIL

---

*Analu Pinto Leite*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> A pesar de la autora ser brasileña, el artículo ha sido presentado para publicación en idioma español por expresa permisión de las normas de la revista y en virtud de ser ese el idioma original de la pesquisa desarrollada como parte de la calificación de la autora en la maestría que cumple en Argentina.



## Introducción

El apelo por la relectura del derecho bajo una mirada constitucional en todas las áreas del saber jurídico es un llamado que aún se verifica actual e imprescindible, sobre todo en Latino América cuyos países poseen constituciones relativamente jóvenes, algunas de estas fruto de procesos de redemocratizaciones nacionales. Repensar el derecho vigente con una óptica constitucional, armonizando la interpretación de las leyes con los derechos fundamentales de diversas generaciones sagrados en cada una de las cartas magnas significa construir verdaderamente nuevo derecho con base hermenéutica.

En ese camino, la presente investigación se desarrolla abordando, inicialmente, el fenómeno de la constitucionalización del proceso. En el caso específico de Brasil, se averigua la existencia del que se convenió llamar de “paradoja metodológica brasileña”, que, aparentemente, permitió la convivencia concomitante de los sistemas de *common law* y *civil law* en el ordenamiento patrio. Se verifica como la materia ha sido reglamentada dentro de la Constitución Federal de 1988 y en qué medida la promulgación de un nuevo Código de Proceso Civil en 2015 puede oxigenar la discusión del tema en Brasil.

La temática se hace relevante considerando la importancia de la interpretación conforme la constitución en todos los derechos, incluso del procesal civil, cuya discusión gana nuevo aliento con la promulgación del nuevo Código de Proceso Civil. Una vez delimitado el problema y justificada la relevancia del tema, el objetivo general consiste en investigar la trayectoria de la constitucionalización del proceso en Brasil, más específicamente elucidar de qué manera el tema fue recibido por la Constitución Federal de 1988 y qué se puede esperar en relación a la nueva normativa.

La metodología utilizada fue la deductiva, basada en investigación de obras científicas de autores de América Latina y Europa, jurisprudencias de la corte de Brasil y legislaciones de diversos países, siempre relacionadas al tema desarrollado en la obra.

### 1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

En la búsqueda por una manera lógica y sistemática de estudiar el Derecho se ha convenido repartirse el todo en diversas ramas de acuerdo con la función

ejercida por la norma dentro del sistema jurídico. Con todo, esa repartición de contenido, si eficaz en auxiliar el estudio del derecho como pretensa ciencia, también fue responsable por establecer una ilusoria idea de que esta división verdaderamente existe. El Derecho, sin espacio para duda, sólo tiene sentido y eficacia cuando reconocido como un todo complejo y lleno de interlocuciones.

Eso es lo que pasa entre el derecho procesal y el derecho constitucional, pero en este caso con mucho más propiedad y con una relación de interdependencia mucho más establecida, al punto de ser la segunda una premisa básica y sustentadora de la primera. Por esa vía lógica, se percibe que el derecho procesal, rama autónoma y responsable por la reglamentación de los ritos judiciales, también se presenta de alguna manera como derecho constitucional legítimo, y no solamente porque dele saca su fuerza vital, sino también encargado de auxiliar en la implementación efectiva de los derechos fundamentales elegidos por la Constitución, cuando no respetados.

No hay como pensar, en esa perspectiva, en un derecho procesal válido que no sea constitucional, no apenas de una óptica formal, pero principalmente por una mirada sustancial, según la cual las normas del proceso están obligadas a desarrollar los valores constitucionales, no siendo posible a ellos oponerse. De ahí es lícito concluir que, por ejemplo, el proceso no puede discriminar cuando la constitución manda tratar con igualdad o no puede suprimir derechos cuando la Carta ordena que sean garantizados. Así que Zaneti Júnior afirma que el Código Procesal Civil y las demás leyes extravagantes no son más que “las leyes que reglamentan la garantía constitucional de la justicia contenida en la Constitución” (2014, p. 06).

Es importante destacar que el proceso, más específicamente, el debido proceso, compuesto de todas las garantías, representa una de las expresiones máximas del Estado de Derecho, porque desempeña papel determinante en la conformación de ideas. El instrumento procesal actúa como semblante de la democracia de dos maneras: a) en la verificación del interés y de la posibilidad de conocimiento de la cuestión (admisibilidad); b) por el previo conocimiento de los actos del procedimiento para la decisión, y, particularmente en el caso del proceso judicial, de una adecuada repartición de poderes, deberes y facultades de las partes y del juez en la secuencia de los actos para la formación del juicio final decisorio. O sea, en la admisibilidad de la discusión y en el mérito del tema discutido.

La inclusión de las garantías procesales en los tratados de derechos humanos y, más adelante, en las constituciones que vinieran tras las grandes guerras elevaran esas reglas de naturaleza procesal hasta el cúspide del ordenamiento jurídico de un país. En así siendo, las garantías procesales que ganaran abrigo constitucional empezaron a tener una fuerza más grande, lo que les garantizó una aplicabilidad directa e inmediata, o sea, un alcance jurídico-positivo, como destaca el procesalista Joan Picó i Junoy (1997, p. 24).

Por las razones expuestas, el Estado Democrático de Derecho hay que profundizar su relación con el proceso, instrumento de su realización, que apenas logrará ser la máxima del sistema a la medida en que pueda satisfacer las necesidades de Estado en las cuatro dimensiones de derechos fundamentales que le componen.

De ese modo, plantea Osvaldo Gozaíni (2013, p. 146), “la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que es debido”. Ya no se trata de un mensaje preventivo dirigido al Estado, ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa. Hay, seguramente, “una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada”.

Se nota, por lo tanto, que el proceso pleno permite a las partes y al estado extraer la justicia de una lid presentada, al paso en que permite a los interesados exponer la discordancia (conflicto de interés) y, a través de un procedimiento previamente conocido por todos, posibilita que el juez diga el derecho, el cual tendrá que ser acepto pacíficamente por el perdedor por la decisión ser fruto de herramienta legal y participativa. Al fin, el proceso expresa la más evidente característica de la democracia: la aceptación del disenso por aquel que pierde (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 108–109).

## **2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO EN EL CASO DE BRASIL**

### **2.1. El sistema jurídico brasileño**

El Derecho parece ser un reflejo de la sociedad que le adopta. Una ilustración clara para esa tesis es la dicotomía creada entre los sistemas de common law,

de origen anglosajón y empleada por Estados Unidos e Inglaterra, y civil law, de origen romano-germánica y que predomina en los países de Europa (BRASIL, 2013, p. 131). El segundo, que sigue tradición contractualista y de protección del individuo contra el Estado-juez, tiene como cerne de su ordenamiento la ley, que traza normas generales a ser aplicadas al caso concreto, cuando el primer modelo, posee foco en el caso juzgado como punto de partida para la reglamentación general del tema.

Sea por cuestión de afinidad cultural sea por fuerza de colonización, el hecho es que los países tienden a adoptar un u otro régimen para desarrollar su sistema jurídico, pero eso no fue lo que pasó en Brasil. El derecho brasileño, en cambio, ha sido construido basado en los dos sistemas simultáneamente. Es decir: el sistema constitucional sigue las reglas de *common law* al paso en que el sistema ordinario sigue la tradición *civil law*, formando un conjunto híbrido y de compatibilidad dudosa.

Para comprender esa idiosincrasia del ordenamiento brasileño hay que hacer un breve recorrido por la historia de la formación y desarrollo de su Estado. Brasil, como si sabe, fue colonizado por Portugal, el cual le gobernó por siglos como se fuera parte integrante de su propio territorio. En ese período la legislación vigente era simplemente la portuguesa, no existiendo ordenamiento jurídico nacional, sino la aplicación de las Ordenaciones Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521 y Filipinas de 1603.

La proclamación de la independencia en 1822 y la formación de un Estado brasileño en la forma de imperio ha originado la primera Constitución de Brasil, con fecha de otorga en 25 de marzo de 1824 y que no ha adoptado ningún sistema de control de constitucionalidad de los actos del poder público en general (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 241). Con la Proclamación de la República, que se sucedió en 1889, se hizo necesario una nueva ley suprema para regir el país y así se editó, en 1891, la primera Constitución Republicana (o Constitución de Rui Barbosa<sup>2</sup>). Esa carta, que ya buscaba la instalación de un Estado de Derecho, inauguró un período inédito en la historia de Brasil.

---

2 Rui Barbosa de Oliveira, brasileño de Bahía, se ha convertido en un gran jurista, con destaque para su participación en el movimiento lo la abolición de la esclavatura y promoción de elecciones directas en Brasil. Fue de su autoría el proyecto de primera constitución de la República y, por su sagacidad y elocuencia, quedó conocido como "Águila de Haia".



La Constitución de 1891, inspirada en las cartas argentina, suiza y estadounidense (BONAVIDES, 2003, p. 364–365), introdujo en Brasil aspectos bien característicos del *common law*, con destaque para el control de constitucionalidad difuso, sin, con todo, alterar la normativa infraconstitucional de tradición europea, creando el que se aceptó llamar “paradoja metodológica brasileña”, que será mejor planteada más adelante.

Las constituciones que vinieran tras la de 1891 variaron en sus contenidos de acuerdo con el momento histórico de la época, democrático o no. Y ha sido justamente en un proceso de redemocratización que fue gestada la Constitución Federal de 1988, con vigencia hasta los días actuales, y que posee como fundamento basilar la garantía del Estado Democrático de Derecho y todos los corolarios que les son inherentes.

Bajo fuerte influencia de las normativas estadounidenses y argentinas, la Carta de 1988 adoptó también el sistema difuso de control de constitucionalidad y depositó en los jueces y tribunales mucho más confianza que antaño, llamando el Judiciario a la responsabilidad de auxiliar activamente en la protección de las máximas constitucionales (LENZA, 2010, p. 76).

La materia procesal está dispuesta en la Constitución de Brasil en tres bloques sustanciales: a) principios y garantías constitucionales del proceso, previstos, principalmente, en el art. 5º, LIV; b) jurisdicción constitucional *lato sensu*, con el tema de las libertades (*habeas corpus* y mandado de seguridad) y el control judicial de actos de poder frente a la Constitución, consistente en el control difuso y concentrado de constitucionalidad; c) organización judicial y funciones esenciales a la justicia, consagradas en los capítulos III y IV de la Carta (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 166).

La Constitución Federal de 1988 ha operado una revolución copérmica en el derecho procesal brasileño en que toca a la interpretación constitucional del proceso, cuando, por la primera vez, aseguró de forma directa el debido proceso legal y el contradictorio, que pasó a ser interpretado no sólo como derecho de contestación, mas como derecho sustancial de influenciar en la decisión del juzgador, que no podía más ser fruto de la razón de un juez “boca de la ley”, pero como una obra colectiva compuesta por la colaboración de las partes y por la análisis del magistrado.

Las garantías procesales, alzadas a la condición de derechos fundamentales, importaran para si sus características, a saber: historicidad, inalienabilidad, imprescindibilidad e irrenunciabilidad, ubicándose, por lo tanto, por encima de

los demás derechos. Pero, si es verdad que esos derechos pueden ser reconocidos como más intangibles que los otros, José Afonso da Silva (2014, p. 560) destaca el hecho de que la Constitución de 1988 de Brasil ha asumido esencialmente una doctrina que permite la integración armónica de todas las garantías de derecho fundamentales del hombre sin crear gradaciones entre ellos y que las garantías constitucionales constituyen un medio positivo para dar un contenido real y una posibilidad de ejercicio eficaz a todos los derechos y libertades.

Pero se puede verificar que el resultado de la adopción de un sistema constitucional de *common law*, que contrasta con un sistema infraconstitucional de *civil law*, fue un régimen híbrido que abigarra notas sobresalientes de los dos. Así, la recepción de *common law* en la constitución vigente hizo incorporar la inapartabilidad de la jurisdicción que se mira por la adopción de los *writes* previstos en el texto magno (art. 5º, XXXV, CF/88), como también el control de constitucionalidad difuso, atribuido a todos los jueces. Pero la manutención de todas las demás codificaciones bajo la influencia de *civil law* generó un sistema fuerte basado mucho más en la norma abstracta que en la jurisprudencia y que, a despecho de tener la previsión del control constitucional difuso, aún ha previsto mecanismos de control concentrado ejercido por un tribunal especial (sistema austríaco), muy común en los países europeos.

El proceso civil brasileño no ha escapado a la paradoja metodológica planteada, como bien observó Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 15). La Constitución Federal de 1988, considerada muy avanzada en la protección de los derechos fundamentales, propone la valorización de los ideales de justicia y el empoderamiento de la figura del Estado-juez. Con la garantía de actuación del Judiciario en cualquier hipótesis de lesión o amenaza a derecho, el constituyente parece tener dado preferencia a la construcción de un proceso de carácter público, fundado en la simetría de las partes (NERY JÚNIOR, 1995, p. 87).

De otro lado, el Código de Proceso Civil vigente, con redacción de 1973, enfocado en la defensa de los derechos individuales y privados, ofrece un proceso con características romanas acentuadas, en el cual el protagonista de la relación procesal es el magistrado en perjuicio de las partes, que se quedan en segundo plano frente la figura ampliada del juzgador.

La dicotomía diseñada expone la idea de la existencia de una paradoja entre el derecho procesal constitucional y el derecho procesal común, confrontando la justicia principiológica de la constitución con el legalismo estricto previsto

en el código procesal (art.126 del CPC). Con todo, forzoso es concluir de no se puede creer viable la validez de una paradoja que soporte la colisión de una norma con la ley mayor de un Estado, porque no hay derecho afuera de la constitución. Se el derecho no es constitucional es porque no es derecho y esa premisa básica tiene que permear toda la interpretación y aplicación de la norma.

De ahí se verifica que se la Constitución de 88, por sus ideales, reservó para el proceso la función de garantizar el perfeccionamiento de la democracia participativa, atribuyendo fuerza a la jurisprudencia y le haciendo avanzar para fuente primaria de derecho, razón por la cual hay que se repensar el sistema procesal vigente en la búsqueda por la armonización de este con aquello, en homenaje a la unicidad constitucional.

Pero, conciliar las dos ideologías procesales, acomodando los institutos a bien del derecho y de una pacificación social eficaz es un desafío que código de 1973 no tuvo la oportunidad de lograr resolver, considerando que su edición data de momento turbulento de la historia del país (período dictatorial) y que su promulgación precede la constitución actual. En ese escenario ganó importancia el intérprete, a quien cupo la difícil tarea de conciliar el texto codificado con los presupuestos constitucionales, hasta que el nuevo instrumento normativo venidero, ya aprobado en marzo de 2015, empiece la vigencia prevista para marzo de 2016.

La tradición romano-canónica que permea grande parte de la construcción del derecho nacional, y que ha sido contaminada con las experiencias europeas de gobiernos totalitarios que crearan la noción de juez “boca de la ley” popularizó, incluso en Brasil, la idea de que la seguridad jurídica es un valor supremo, el triunfo de la sociedad civilizada. Ese raciocinio generó en tierras brasileñas la percepción de que proceso bueno es aquel lleno de reglas y amaras capaces de proteger las partes del Estado-juez.

Para vencer tamaño presupuesto es preciso “utilizar los derechos fundamentales como programa de reformas y métodos de pensamiento” (CAPELLETTI *apud* ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 12). “Así, se debe asumir, *ratione materiae*, el proceso como un derecho fundamental y el mismo tendiente a la efectividad y a respetar las posiciones subjetivas de las partes como derecho fundamental en la participación e en la formación de la decisión” (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 12).

## 2.2. El nuevo CPC como marco de la óptica constitucional del proceso

No se puede negar que el Código Procesal Civil brasileño de 1973 consiste en una legislación concebida ideológicamente bajo la sistemática de *civil law*, pues posee normativa extremadamente compleja, descriptiva, que ambiciona reglamentar toda la actividad procesal hasta mismo en sus detalles, enumerando hartamente requisitos, hipótesis de cabimiento y sistemática de procesamiento, ofreciendo poco espacio para el protagonismo tanto de las partes como del juzgador.

La existencia de un código con fuertes características de *civil law* contrasta con una constitución — la Constitución Federal de 1988 — que expresa fuertes pilares del *common law*, en una reproducción clara de la paradoja metodológica ya planteada. La convivencia poco armoniosa entre los dos sistemas se nota clara en el tema del proceso civil aún más porque la Carta Constitucional también lanza normas sobre proceso y funciones de los jueces y tribunales, lo que hace el choque ideológico entre los textos normativos más evidente que en otras áreas del derecho.

Pero, como ingrediente adicional de esa receta, tenemos el advenimiento de un nuevo Código Procesal Civil en Brasil, la Ley nº 13.105, editada en 16/03/2015, con previsión para entrar en vigor en marzo de 2016, tras un año de *vacatio legis*. La llegada de una nova legislación de referencia para el proceso civil reenciende el debate sobre la constitucionalización del proceso en Brasil. Naturalmente el tema vuelve a la pauta porque el código superado databa de fecha anterior a la constitución vigente, no teniendo, por lo tanto, ningún compromiso de reflejar en su texto los ideales de una constitución que ni siquiera existía en la época de su promulgación.

La conformación del nuevo código procesal de Brasil con la Constitución actual es, pues, una cuestión fresca y aún poco pesquisada. La verdad es que muchas disposiciones traídas apenas podrán tener sus efectos prácticos testados cuando empiece la vigencia de la norma, pero algunas novedades adicionadas al nuevo código ya evidencian la conexión existente entre él y la Constitución de 1988.

Aunque no sea posible desarrollar los puntos pertinentes en esa pesquisa, se puede ejemplificar algunas tentativas de acercar la norma procesal de la constitución, como el evidente esfuerzo en implementar ritos que permitan

alcanzar la duración razonable del proceso, sagrada en el art. 5º, LXXVIII, CF/88, por fuerza de la EC nº 45/2004. Esa es otra característica de la novel legislación, la repetición de principios constitucionales en su propio texto, como hizo en el tema de la duración razonable del proceso, incluida en el art. 4º, CPC/2015.

En el art. 7º, del mismo diploma legal, se asegura el tratamiento paritario de las partes y el contradictorio. El art. 8º habla en fines sociales, dignidad de la persona humana y otros principios como la proporcionalidad, legalidad, razonabilidad, publicidad, seguridad y eficiencia, reflejando en el texto menor ideales nítidamente constitucionales.

Otro eslabón, seguramente, es la importancia atribuida a la jurisprudencia en el nuevo código, la cual pasó a ser nítidamente admitida como fuente del derecho vigente y norte para decisiones judiciales futuras, con destaque para los incidentes de resolución de demandas y de recursos repetitivos, que toman como punto de partida las decisiones de los tribunales y cortes superiores a bien de garantizar la celeridad y uniformidad en la resolución de casos muy semejantes que abarrotan el Poder Judicial, demostrando, así, un acercamiento del diploma legal con la constitución y con el sistema *common law*.

Ya se firmó entendimiento de que la constitucionalización del proceso es absolutamente necesaria para su desarrollo válido, sea porque de la constitución emanan todos los derechos, sea porque tal práctica eleva el debido proceso a la posición de derecho fundamental. Tener especial cuidado de estudiar ese tema dentro del proceso civil trae beneficios para el sistema procesal como un todo, considerando que el proceso civil es el arquetipo de los demás procesos y que su estudio representa seguridad al sistema de protección de derechos fundamentales.

Tener, por lo tanto, un Código Procesal Civil que finalmente pueda desarrollar las premisas constitucionales en la legislación de base haciendo posible la implementación práctica de lo que ayer consistía en principio general es, sin duda, un avance para un sistema democrático más sólido y para un Estado de Derecho aún más consolidado. Entre aciertos y errores que se pueda atribuir a la nueva norma, algo parece claro: Brasil ha ganado un CPC constitucional, al revés del anterior que se puede llamar “constitucionalizado”. La indagación que se presenta, y que interfiere en los resultados, es *¿cómo será a ser aplicado?* Bueno, la respuesta sólo el tiempo dirá.

## CONCLUSIÓN

De la pesquisa se puede concluir que la constitucionalización del proceso es una cuestión relevante para la protección de los derechos fundamentales y que ya está en marcha en Brasil, donde la Constitución Federal de 1988 se ha encargado de prever las garantías procesales más importantes en su propio texto. Se verificó la existencia de una paradoja metodológica instalada y que hace con que el sistema jurídico brasileño mantenga trazos nítidos del sistema *common law* y sistema *civil law*, creando una cultura judicial mixta y un poco confusa. Por fin, fue considerada la promulgación del nuevo Código Procesal Civil de 2015 como un instrumento posiblemente innovador dentro de la discusión sobre proceso y constitución en Brasil.

## REFERENCIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2014.

DA SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Brasileiro. In: SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.). **Direito Processual Civil Latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 131–160

GOZAÍNI, Osvaldo. **Proceso y Constitución**. Buenos Aires: Ediar, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**. O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.





LIMITES CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO DE  
NOVOS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO NO  
ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

---

*Paulo Roberto Lyrio Pimenta*



## 1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

A modificação da jurisprudência constitucional pode gerar uma série de problemas para os administrados, alcançados pelo provimento jurisdicional modificado.

O presente estudo propõe identificar os limites constitucionais à aplicação do novo entendimento jurisprudencial, os quais, uma vez observados, evitarão o surgimento de controvérsias, relacionadas à alteração do posicionamento dos tribunais.

## 2. POSSIBILIDADE DE MUDANÇA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

A jurisprudência constitucional, em nosso país, refere-se ao conjunto de decisões dos Tribunais que versam sobre os princípios e as regras constitucionais.

O nosso ordenamento consagra o controle difuso e o abstrato de constitucionalidade das leis. Destarte, na fiscalização difusa, qualquer juízo singular ou Colegiado pode se pronunciar, incidentalmente, sobre a interpretação de dispositivo constitucional, no entanto, existe um órgão encarregado de uniformização da interpretação — o Supremo Tribunal Federal — que também detém competência exclusiva para processar e julgar as ações relacionadas ao controle concentrado.

Isso significa que os critérios de interpretação da Constituição Federal, firmados pela Corte Maior, repercutem significativamente sobre as decisões dos demais órgãos jurisdicionais, bem como sobre os administrados e a Administração Pública.

Apesar de apresentar importantes efeitos e relevância, sob o ponto de vista pragmático, a jurisprudência constitucional é dinâmica, sendo suscetível de alteração, motivada por diversos fatores, tais como promulgação de Emenda Constitucional, alteração na legislação infraconstitucional, modificação do convencimento dos Ministros, mutação constitucional, mudança de composição da Corte e influência de manifestações doutrinárias, dentre outros.

Entretanto, se de um lado o sistema permite a alteração da jurisprudência em tela, de outro estabelece limites, visando, desse modo, preservar a coesão do ordenamento.

### **3. HIPÓTESES DE MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL**

#### **3.1. Mudanças da jurisprudência firmada em controle abstrato**

Há várias hipóteses de mudanças na jurisprudência constitucional, as quais necessitam ser examinadas separadamente, em face da diversidade de conteúdos que veiculam e das diferentes modalidades de eficácia que apresentam.

Em primeiro lugar, cabe investigar as alterações ocorridas no controle abstrato de constitucionalidade das leis, cujas decisões apresentam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim, além de atingir a coletividade, obrigam os demais órgãos jurisdicionais e da Administração Pública a observar o entendimento do Pretório Excelso, sob pena de invalidação ou modificação, por meio da Reclamação Constitucional, da decisão que houver se posicionado em sentido contrário. Isso demonstra que tais decisões apresentam enorme importância em nosso ordenamento, devendo as alterações de entendimento jurisprudencial, em tal situação, ser adotadas com extrema prudência e cautela.

A primeira hipótese de mudança de jurisprudência diz respeito à declaração de constitucionalidade da lei, em sede de ADIN, ADC ou ADF e posterior modificação de entendimento no julgamento de uma destas ações. Ex: STF reconhece a constitucionalidade de lei, julgando improcedente uma ADIN, e em período posterior, reconhece a inconstitucionalidade desta mesma lei.

A hipótese inversa (declaração de inconstitucionalidade de lei, seguida de posterior declaração de constitucionalidade) é de ocorrência impossível, pois a declaração de inconstitucionalidade, em controle abstrato, importa na expulsão da norma do ordenamento.

É possível também, que ao apreciar o pedido de medida cautelar-liminar, em sede de ADIN, a Corte rejeite a arguição de inconstitucionalidade. Embora

este provimento provisório não importe em certificação ou não da invalidade da norma, eis que tem apenas o condão de suspender-lhe a vigência e eficácia; a questão constitucional acaba sendo apreciada em juízo de cognição sumária, típico das tutelas de urgência. Por conseguinte, no julgamento de mérito, em que se exerce uma cognição exauriente, o Tribunal pode reformular o entendimento, julgando o pedido procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei.

Uma terceira situação refere-se à concessão da medida liminar em ADIN, suspendendo a vigência e a eficácia da lei, com posterior julgamento de improcedência do pedido e, por conseguinte, de revogação do provimento provisório.

O problema se agravará se a liminar houver sido concedida em ADC, posto que nesta situação, importará na “determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo — objeto da ação até seu julgamento definitivo” (Lei nº 9.868/99, art. 21). Como proceder diante do julgamento de improcedência do pedido com a revogação da liminar?

Por fim, cabe assinalar a hipótese de mudança de entendimento firmado em julgamento de ADIN, na hipótese em que não se declara a nulidade de lei, ou seja, nas situações em que se utilizam as técnicas da declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto ou a interpretação conforme a Constituição.

### **3.2. Mudanças em controle difuso**

No controle difuso de constitucionalidade das leis, a inconstitucionalidade representa uma questão ou ponto prejudicial, podendo ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário ou de qualquer dos remédios jurídicos sujeitos à competência originária da Corte.

A pronúncia da inconstitucionalidade, em tais situações, implica em afastar a aplicação da lei impugnada, no caso concreto, sem a eliminação desta do ordenamento jurídico, o que só ocorrerá com a expedição da Resolução do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF. Não há que se falar, portanto, em eficácia *erga omnes*, nem em efeito vinculante.

Uma vez pronunciada a inconstitucionalidade no julgamento de recurso extraordinário, por exemplo, é possível que este entendimento seja modificado em julgamentos posteriores ou situação inversa, reconhecimento da inconstitucionalidade com posterior alteração de entendimento.

Em qualquer caso, a modificação da jurisprudência do Tribunal poderá gerar uma série de problemas para os jurisdicionados, que necessitarão ser solucionados à luz dos princípios e regras postas no ordenamento jurídico, conforme será adiante estudado.

### **3.3. Revisão e cancelamento de súmula vinculante**

Problemas ainda maiores poderão ser gerados pela revisão ou cancelamento da súmula com efeito vinculante.

Com efeito, a mencionada súmula tem natureza de ato normativo, elaborado pelo Pretório Excelso em face da presença dos pressupostos constitucionais previstos no art. 103-A da Carta Magna, dentre os quais se inclui a existência de “controvérsia atual entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Evidencia-se, assim, que um dos motivos que autorizam o exercício dessa competência normativa é a insegurança gerada na aplicação e na interpretação de textos normativos pelos tribunais. Buscou-se, desse modo, a uniformização da jurisprudência, com eficácia vinculante, o que confere uma maior confiança para o administrado, no que se refere à observância pelos órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública do entendimento jurisprudencial, firmado pela Corte Maior.

No entanto, existe a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula epigrafada, consoante autoriza o art. 103-A, §2º da Constituição, as quais decorrem de vários motivos e importam em modificação da jurisprudência, outrora firmada com eficácia vinculante. Em face do tipo de eficácia que qualifica a súmula em pauta, a sua modificação poderá proporcionar um conjunto de grandes dificuldades.

É possível também, que a modificação da jurisprudência constitucional se verifique por meio do cancelamento de súmula com caráter não vinculante. Atualmente há uma série de súmulas desta natureza. O Regimento do Supremo Tribunal Federal permite a modificação de tais posicionamentos. Como tais súmulas, à época em que foram elaboradas, não apresentavam efeito vinculante, servindo como critério de interpretação, a sua alteração apresentará efeitos menos drásticos, porém, não menos problemáticos. Exemplifiquemos: a súmula nº 662 estabelece que “é legítima a incidência do ICMS na comercialização

de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas de videocassete”. Posterior alteração de entendimento permite a repetição do indébito em relação a período pretérito?

### **3.4. Interpretação que não importa em pronúncia de inconstitucionalidade**

A jurisprudência constitucional-tributária não se reporta apenas à declaração de inconstitucionalidade da lei. É possível também, que diga respeito à interpretação dos enunciados constitucionais. Neste caso, a Corte estabelece um significado para determinado dispositivo constitucional, estabelecendo o seu âmbito de aplicação e de incidência, sem qualquer manifestação acerca da sua validade. O problema aqui reside na mera interpretação de texto, e não na fiscalização da sua validade.

Em tais situações, como a decisão do Tribunal não importa em pronúncia de inconstitucionalidade, poderá ser adotada pelo órgão fracionário (Turma), ao qual é permitido modificar o seu posicionamento a qualquer momento, ocasionando o surgimento de controvérsias, as quais necessitarão ser solucionadas.

## **4. OBJETO DE MUDANÇA**

O objeto da mudança na jurisprudência pode apresentar conteúdo variado, pois a decisão judicial pode se referir aos distintos textos normativos.

Em primeiro lugar, a alteração pode se referir a normas que estabelecem obrigações para os administrados, de conteúdo pecuniário.

Em segundo lugar, com menor frequência, os problemas de alteração de jurisprudência poderão se referir ao texto que criou obrigação, sem conteúdo pecuniário, de fazer ou de não fazer.

Outrossim, o objeto da alteração pode ser texto que instituiu sanção administrativa. Ex: STF reconhece a constitucionalidade de uma sanção prevista em lei federal, modificando posteriormente o seu entendimento. Como resolver os problemas relativos à aplicação da norma reconhecida afinal como

inconstitucional? Os efeitos das sanções porventura aplicadas poderão ser eliminados do mundo jurídico?

Pode ocorrer, ademais, que o critério de interpretação modificado se relacione com a norma que outorgou alguma situação de vantagem para o administrado (ex: isenção, imunidade, anistia, etc.) Exemplifiquemos: a Corte altera a interpretação dada a determinado dispositivo constitucional, restringindo o alcance subjetivo de alguma regra de imunidade tributária. Neste caso, o Fisco poderá cobrar as diferenças relativas a período pretérito?

Por fim, a modificação pode atingir norma sobre procedimento administrativo ou jurisdicional. Ex: STF reconhece a validade de determinado pressuposto legal para o recebimento de recurso administrativo, admitindo, posteriormente, a sua inconstitucionalidade. Como resolver as inúmeras situações de contribuintes que ficaram impossibilitados de recorrer, no âmbito administrativo, por falta de condições financeiras de cumprir o requisito inconstitucional?

## **5. LIMITES CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

### **5.1. Identificação dos limites**

Como se pode observar da análise supra, inúmeros problemas podem surgir diante da modificação da jurisprudência constitucional pela Corte Excelsa. Para todo problema, o sistema jurídico admite uma resposta, uma solução que deve ser buscada, em primeiro lugar, na Constituição Federal.

Gravitam ao redor das situações geradas pela alteração da jurisprudência constitucional, fundamentalmente, dois princípios constitucionais que demandam uma análise mais cuidadosa — à medida que funcionam como limites à aplicação dos novos critérios de interpretação — impossibilitando que a utilização destes, para período pretérito, importe em burla à Constituição. Em outras palavras, permite-se a mudança de jurisprudência, porém, o próprio ordenamento limita a aplicação dos novos critérios.

Vejamos, de maneira mais detalhada, o conteúdo desses princípios.



## **5.2. O princípio da segurança jurídica**

### *5.2.1. Conteúdo*

A segurança é uma das maiores aspirações do homem em suas relações sociais. Consiste na possibilidade de saber de antemão como se comportar diante dos semelhantes, quais as consequências que decorrerão da prática de determinados atos, eliminando ou reduzindo, assim, a possibilidade de riscos.

O Direito, como instrumento necessário à organização social, é imprescindível à obtenção da segurança.

A segurança jurídica é aquela alcançada por meio do Direito, ou seja, é aquela atingida em face da existência de um ordenamento que assegura direitos, deveres, garantias e regula o modo e os critérios de resolução dos conflitos. Vale dizer, é um conjunto de meios que o Direito outorga ao homem para alcançar um estado de equilíbrio, de ausência ou diminuição de riscos e perigos.

No Estado Democrático de Direito, no qual o poder encontra-se juridicamente limitado e obrigado a implementar um leque de valores, vale reafirmar, a segurança jurídica refere-se à garantia na estabilidade do conjunto das normas jurídicas (gerais e individuais) e à possibilidade de os administrados conhecerem, antecipadamente, os efeitos jurídicos dos comportamentos que poderão vir a praticar.

Trata-se, indubitavelmente, de um princípio de concretização do Estado Democrático de Direito. Sem a garantia da estabilidade do ordenamento, os objetivos que esse modelo de Estado busca implementar em diversas áreas não poderiam ser alcançados.

De outro lado, a segurança jurídica é concretizada por uma série de princípios constitucionais, como a legalidade, irretroatividade, anterioridade da lei tributária, inafastabilidade do controle jurisdicional, imutabilidade da coisa julgada, proteção ao ato jurídico perfeito, etc.

Tudo isso assegura ao indivíduo um direito fundamental, da classe dos direitos de defesa, que pode ser enunciado do seguinte modo: o administrado tem o direito de confiar que os seus atos ou as decisões jurídicas, oriundas das três esferas de Poder, incidentes sobre as situações ou relações jurídicas em que vier a figurar, serão ligados aos efeitos jurídicos prescritos pelo ordenamento.

Isso significa que se trata de uma ampla proteção, que alcança tanto os atos legislativos, quanto os administrativos e os jurisdicionais.

### *5.2.2. Dimensões e modos de manifestação da segurança jurídica*

A segurança jurídica, como lembra, a propósito, Reinhold Zippelius (2007, p. 123), tem dois componentes: segurança de orientação — *Orientierungssicherheit* — e segurança de realização — *Realisierungssicherheit*.

A segurança de orientação, qualificada por parte da doutrina alemã de segurança da regra (*Regelsicherheit*), consiste na previsibilidade das regras de conduta, ou seja, na possibilidade de se conhecer quais as normas jurídicas em vigor que incidirão sobre os comportamentos a serem praticados pelos administrados. Assim, exige-se, em primeiro lugar, que seja absolutamente claro quais as normas que deverão valer para as relações entre os sujeitos. Ademais, é imprescindível que exista uma continuidade no Direito, como lembra Zippelius (2007, p. 123). O interesse na segurança de orientação, nos lembra o mestre alemão, “significa que se deve saber quais comportamentos se deve exigir de alguém e quais comportamentos se deve esperar do outro” (ZIPPELIUS, 2007, p. 123) Neste particular, se aspira uma clara, nítida e contínua regulação de condutas. Assim, essa componente da segurança é violada quando as normas são vagas, indeterminadas ou quando os agentes públicos, que detém competência para aplicação das normas, possuem ampla margem de discricionariedade. Em suma, a segurança de orientação exige (ZIPPELIUS, 2007, p. 123) clareza (*Klarheit*) e determinação (*Bestimmtheit*).

Já a segurança de realização (*Realisierungssicherheit*), atinge o aspecto dinâmico do fenômeno jurídico, isto é, a aplicação do direito. Assim como as normas gerais devem ser seguras, as normas individuais, produzidas a partir daquelas, também deverão proporcionar segurança. Afirma Zippelius, que se “deve contar que as normas existentes serão observadas e aplicadas, que o conteúdo dos contratos e das decisões será executado” (2007, p. 123). Essa manifestação do princípio em estudo não significa, contudo, a existência de segurança nas regras procedimentais. O objeto é o conjunto dos princípios, critérios ou técnicas de aplicação e de interpretação das normas gerais. O que se veda aqui é o que a doutrina denomina de “proibição de arbitrariedade” (NOVOA, 2000, p. 81), expressão que deve ser entendida em dois sentidos: formal e material. O primeiro consiste na subordinação à lei na aplicação do

direito, enquanto o segundo refere-se à interpretação das fontes formais do direito. Obviamente que nesse particular não se pode exigir uma segurança absoluta, posto que a interpretação tenha essencialmente o caráter subjetivo. O que não se admite é a utilização de técnicas e recursos vedados em alguns setores do direito (ex: utilização de analogia em área alcançada pelo princípio da tipicidade) e o afastamento do aplicador de decisão por ele produzida anteriormente, mudando-se o critério de interpretação (NOVOA, 2000, p. 83). A segurança da realização, em suma, impõe que o momento da aplicação do direito não escape à previsibilidade e à calculabilidade dos administrados.

Sendo assim, as duas componentes da segurança jurídica são dependentes entre si. A segurança de realização é uma essencial condição para que as normas e as decisões individuais produzam segurança de orientação. As normas e as decisões somente conferem segurança de orientação, se existir chances seguras para que elas sejam realizadas e executadas (ZIPPELIUS, 2007, p. 124).

Do exposto, evidencia-se que os diferentes modos de manifestação do princípio da segurança jurídica representam formas de assegurar a estabilidade do direito, alcançando atos produzidos, tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo e o Judiciário.

### **5.3. O Princípio da Proteção da Confiança**

#### *5.3.1. Noção*

A confiança é uma situação elementar da vida em sociedade, podendo ser definida, de forma sintética, como a firme convicção que alguém possui que determinado comportamento será realizado por outrem, com o qual mantém algum tipo de relação. A conduta esperada corresponde a uma expectativa causada por quem é devedor da sua realização. Destarte, a confiança se coloca entre a certeza e a esperança.

A confiança envolve, em todo caso, uma dimensão direcionada ao futuro, de maneira que a manutenção ou a prática de determinado comportamento seja assegurada. Por isso, se posiciona em uma relação de tensão, como lembra Kyrill-A. Schwarz (2001, p. 28): de um lado, estabilidade e tradição, de outro, flexibilidade e possibilidade de inovação.

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*) incide naquelas situações em que a confiança não é reconhecida ou é conscientemente violada, o que geralmente ocorre quando o Estado deixa de praticar determinado comportamento que deveria prestar, em face de uma conduta pretérita, por ele realizada, que gerou no administrado uma expectativa que restou frustrada.

### 5.3.2. *Origem*

O princípio da proteção da confiança apareceu com o surgimento do Estado Interventor, sendo construído, em termos teóricos, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, como uma forma de proteger o indivíduo contra as intervenções estatais capazes de frustrar expectativas geradas por comportamentos pretéritos do próprio Estado.

Contudo, a sua origem mais remota pode ser localizada no ano de 896, no Direito Canônico. Neste período, após a morte do Papa Formoso, o novo Pontífice, Papa Estevão VI, ordenou que o corpo do papa falecido fosse desenterrado para ser submetido a um julgamento. No final deste, o falecido papa foi condenado e excomungado, sendo seu corpo despido e seus dedos decepados. Outra medida contra ele aplicada foi a perda dos efeitos da sua nomeação como Papa, em caráter retroativo. Por conseguinte, todos os atos por ele praticados foram desfeitos. Tudo isso levou a uma discussão, no âmbito do Direito Canônico, quanto à necessidade da proteção da confiança nos atos praticados ou consagrados pelo Papa Formoso (SHUENQUENER, 2009, p. 18–19).

No século XX o tema aparece, então, em uma decisão do Conselho de Estado francês, em 1922, conhecida como *Arrêt Dame Cachet*. Com base em uma lei que isentava pessoas do pagamento de aluguel e assegurava aos proprietários prejudicados o pagamento de uma compensação, uma cidadã, a senhora Cachet, requereu o pagamento dessa indenização, tendo o seu pleito parcialmente deferido na primeira Instância. Irresignada, recorreu ao Ministro das Finanças, que indeferiu o recurso e anulou a indenização anteriormente deferida. O caso foi, então, submetido à apreciação do Conselho de Estado, que reconheceu a existência de um prazo decadencial de dois meses para a anulação de um ato viciado, tutelando, assim, em tal situação, uma expectativa de direito (SHUENQUENER, 2009, p. 21).

Foi na Alemanha, no entanto, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, que o princípio encontrou amplo campo para se desenvolver.

Curiosamente, todavia, a consolidação não resultou de um determinado precedente, e sim de vários julgados. Neste período, o Estado passou a intervir de forma acentuada na ordem econômica e social, surgindo, em virtude desta atuação, construções doutrinárias e jurisprudenciais preocupadas em tutelar o cidadão em face do Poder Público. Inicialmente, o princípio é utilizado para proteger o administrado contra as mudanças realizadas pelo Estado no planejamento econômico e para limitar os efeitos retroativos do desfazimento dos atos administrativos ilegais que geraram efeitos para os particulares. Posteriormente, o campo de aplicação é ampliado para alcançar qualquer forma de atuação estatal, suscetível de gerar lesões para os administrados.

Atualmente, o princípio é utilizado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) para resolver diferentes tipos de situações, decorrentes da edição de uma nova norma, como, por exemplo, aumento de tributos, revogação de subvenções, redução de benefícios sociais, redução de situações favoráveis a servidores, restrições ao exercício de atividade empresarial, etc. (SHUENQUENER, 2009, p. 25). A Corte aplicou o princípio, inicialmente, para limitar a eficácia retroativa da lei nova e, posteriormente, para resolver os efeitos da revogação dos atos administrativos, bem como em outras situações nas quais ocorreu uma mudança na atuação do Estado, em relação a um comportamento pretérito, o qual foi capaz de originar uma expectativa legítima no particular. (SHUENQUENER, 2009, p. 25).

No âmbito doutrinário, as discussões sobre o princípio tomam corpo nos anos 70. O direito positivo não ficou imune a essa expansão. Em 1976, a lei alemã de Processo Administrativo Fiscal regulou a tutela da confiança do particular, em face da anulação de atos administrativos com efeitos favoráveis para os administrados (SHUENQUENER, 2009, p. 28).

Entre nós, o princípio em pauta tem merecido pouca atenção da doutrina da jurisprudência, devido a vários fatores como a previsão pelo texto constitucional do princípio da irretroatividade das leis e a influência do direito administrativo francês, onde o princípio não alcançou maior amplitude (SHUENQUENER, 2009, p. 28).

Recentemente, porém, o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16/03/2015, previu, em caráter pioneiro, em nosso ordenamento jurídico, a necessidade de observância do princípio epigrafado (art. 927, §4º), consoante será adiante estudado. Assim, inaugurou-se em nosso ordenamento jurídico, finalmente, a fase do reconhecimento expresso deste princípio.

### 5.3.3. Pressupostos para aplicação

Não existe consenso na doutrina quanto aos pressupostos necessários à aplicação do princípio da proteção da confiança. A corrente majoritária, com a qual comungamos, defende a necessidade da existência de três pressupostos: o fundamento (base) da confiança (Vertrauensgrundlage), a confiança (das Vertrauen) e a confirmação (exercício) da confiança (Vertrauensbetätigung) (SCHWARZ, 2002, p. 295–308; WEBER-DÜRLER, 1983, p. 8).

A existência de um fundamento da confiança significa a realização de um comportamento, pelo Poder Público, capaz de gerar uma expectativa no administrado. A atuação estatal, destarte, provoca no indivíduo uma expectativa (SCHWARZ, 2002, p. 296), podendo revestir a forma de um ato normativo (geral ou individual) ou até mesmo de uma omissão. É essa conduta do Estado que provoca, na mente do destinatário da medida, uma expectativa de continuidade.

Disso decorre a necessidade de existência, ainda, da confiança, no plano subjetivo. Vale dizer, o destinatário do comportamento estatal tem que confiar na manutenção da situação subjetiva provocada pelo Estado. Isso exige, em primeiro lugar, que o destinatário tenha conhecimento sobre a medida estatal. (SCHWARZ, 2002, p. 302). Além disso, o destinatário tem que confiar na continuidade do comportamento estatal. Trata-se, assim, de um elemento subjetivo, que pode gerar dificuldades para ser demonstrado no caso concreto.

Por fim, não basta a mera existência na confiança. Faz-se mister que o destinatário realize uma conduta em consonância com a medida estatal que provocou a confiança. Em outras palavras, a confirmação da confiança significa a prática de um comportamento privado, de acordo com a base da confiança. Trata-se de uma consequência, de um efeito da medida realizada pelo Estado. Como observa Kyrill-A. Schwarz: deve existir um “contexto de causalidade entre o fundamento da confiança e a confirmação da confiança” (2002, p. 307). Em outros termos, a confiança necessita ser posta em funcionamento (ins Werk gesetzt) (SCHWARZ, 2002, p. 307).

Há quem defenda, ainda, a necessidade de um outro pressuposto: um comportamento estatal que frustre a confiança, isto é, um segundo comportamento do Estado em sentido contrário àquele que gerou a confiança (SHUENQUENER, 2009, p. 103–104). A nosso ver, a questão diz respeito à violação, ao descumprimento do princípio, e não a um pressuposto para o seu reconhecimento, para a sua existência.

Uma vez preenchidos tais pressupostos, o destinatário do comportamento estatal poderá invocar a aplicação do princípio em estudo para tutelar a expectativa na continuidade dos efeitos da conduta do Poder Público.

### *5.3.4 Fundamentos constitucionais*

Uma das questões mais controversas na doutrina germânica diz respeito ao fundamento constitucional do princípio da proteção da confiança. Roland Kreibich narra a existência de dois grupos de teorias (1992, p. 36–42). O primeiro, o dos civilistas, extrai o princípio da proteção da confiança do princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*). Já no grupo dos constitucionalistas, diversos fundamentos têm sido apresentados: a) a cadeia de derivação, Princípio do Estado de Direito e Princípio da Segurança Jurídica; b) princípio do Estado Social, c) direitos fundamentais (ex: direito de propriedade, isonomia, dignidade humana, etc.), d) princípio da proporcionalidade (KREIBICH, 1992, p. 36–37).

Entre nós, parece que a tutela da confiança encontra fundamento constitucional no princípio do Estado Democrático do Direito, que exige do Poder Público uma atuação não apenas submetida à lei, mas também orientada a realizar diversos valores, dentre os quais a segurança, do qual decorre a confiança na continuidade dos comportamentos públicos.

## **6. LIMITES INFRACONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Tanto o princípio da segurança jurídica quanto o da proteção da confiança são concretizados por várias normas infraconstitucionais, que também funcionam como limites à aplicação para o passado do novo entendimento jurisprudencial.

No âmbito tributário, por exemplo, a norma do art. 146 do CTN constitui obstáculo intransponível à realização de lançamento suplementar para exigir o tributo anteriormente reconhecido como indevido ou para cobrar as diferenças do valor do tributo, com base em novos critérios jurisprudenciais.

Há outros dispositivos que perpassam todo o ordenamento, concretizando a segurança jurídica e a proteção da confiança, limitando os efeitos no tempo da mudança de entendimento jurisprudencial. É o caso, por exemplo, dos

arts. 467 e segs. do CPC, que regulam a coisa julgada, impedindo, destarte, que a alteração de jurisprudência alcance sentenças já atingidas com o manto da *res judicata*.

O Novo Código de Processo Civil também se preocupou com o tema da modificação da jurisprudência. O art. 926 estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Além disso, o parágrafo quarto deste dispositivo estabelece que “a modificação de enunciado de súmula de jurisprudência pacificada, ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

A exegese destes dispositivos comprova que, a partir da vigência do novo diploma processual, novos limites infraconstitucionais existirão no ordenamento jurídico que dificultarão a mudança de entendimento jurisprudencial, bem como a sua aplicação em detrimento dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança.

## **7. TÉCNICAS PARA A LIMITAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO**

É importante observar que o ordenamento também prevê técnicas que permitem a modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais poderão ser utilizadas se o provimento importar na revisão de entendimento jurisprudencial.

Nesse sentido, prescreve o art. 27 da Lei 9.868/99 — que regula o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade — que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Permite-se à Corte, a atribuição de eficácia prospectiva à decisão de inconstitucionalidade ou a limitação da eficácia retroativa. Assim, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em vigor durante



dez anos poderá importar na manutenção, total ou parcial, de todos os seus efeitos, relativos ao período anterior à pronúncia de inconstitucionalidade.

Tal dispositivo tem plena aplicabilidade na hipótese da declaração de inconstitucionalidade importar na alteração de entendimento anterior, já sedimentado pelo Tribunal, por exemplo: STF declara determinada lei constitucional. Uma série de atos são praticados com base na presunção de constitucionalidade da lei, confirmada pela decisão da Corte. Em caso de mudança de posicionamento, com a declaração de inconstitucionalidade, os efeitos dos atos praticados no passado poderão ser mantidos, com a atribuição de eficácia prospectiva à nova decisão.

Idêntica possibilidade foi prevista pelo art. 4º da Lei 11.417/06 — que disciplina o processo de elaboração, revisão e cancelamento da súmula vinculante — *verbis*: “a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. É possível, portanto, o STF, ao elaborar ou cancelar tal ato normativo, determinar que o entendimento jurisprudencial só tenha eficácia para o futuro, resguardando, pois, os efeitos dos atos pretéritos.

Cabe aqui uma indagação: o controle difuso também comporta a modulação dos efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade, decorrente da alteração da jurisprudência do STF?

O tema tem despertado grandes controvérsias no direito comparado. Em alguns países que adotam o controle abstrato de constitucionalidade, a cargo de um Tribunal Constitucional, discute-se a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade, em relação ao caso concreto que gerou o incidente de inconstitucionalidade apreciado por esse órgão. Já nos Estados Unidos, que adota um sistema diverso de controle, tem-se admitido que a Suprema Corte limite no caso concreto os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, com base na doutrina da *prospective overruling* (MEDEIROS, 1999, p. 742–743).

Em nosso sistema, em que convivem simultaneamente o controle concentrado e o difuso, a deflagração da fiscalização abstrata não ocorre por meio de um incidente suscitado perante os órgãos inferiores de jurisdição. Os procedimentos de fiscalização podem ser suscitados diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, as diferenças do controle difuso em relação ao abstrato, mormente no que se refere à eficácia subjetiva e material da decisão de inconstitucionalidade, não representam obstáculo ao reconhecimento da possibilidade da modulação da eficácia temporal de tal provimento jurisdicional.

Ademais, os motivos que justificam a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle abstrato também se fazem presentes no tipo de fiscalização em pauta, posto que a pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia retroativa pode conduzir a resultados graves, à medida que os efeitos dos atos jurídicos, praticados com base na norma inconstitucional, muitas vezes são tutelados pela lei ou por princípios jurídicos. É necessário, portanto, causar o menor sacrifício possível aos bens e interesses em colisão.

No controle abstrato, tendo em vista a eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade, a modulação dos efeitos, muitas vezes, quer evitar os efeitos para uma classe de sujeitos de uma decisão com eficácia retroativa. Na fiscalização difusa, tal questão só terá importância no julgamento das ações coletivas, em algumas das quais a inconstitucionalidade poderá ser pronunciada (ex: mandado de segurança coletivo), atingindo um leque de sujeitos. No entanto, mesmo para as ações individuais, em muitas situações, razões ligadas à segurança jurídica, ao interesse público ou a outros princípios constitucionais poderão impor a aplicação da proporcionalidade para evitar que os problemas, gerados pela declaração com efeitos retroativos, sejam superiores às vantagens decorrentes da preservação dos efeitos dos atos jurídicos, realizados com base nas regras inconstitucionais.

Aqui não se defende, portanto, a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, eis que relacionado unicamente com a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Sustenta-se, sim, a aplicação do princípio da proporcionalidade como um critério para modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade da lei no controle difuso.

O Novo Código de Processo civil abraçou esse posicionamento ao permitir, expressamente, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em controle difuso.

Do exposto, evidencia-se que, de fato, há mecanismos previstos pelo sistema jurídico para evitar o aparecimento de problemas decorrentes da modificação de

entendimento jurisprudencial, bem como para eliminá-los. A utilização dessas técnicas e dos princípios e regras supracitadas dependerá do conteúdo da norma impugnada ou do enunciado objeto de interpretação. Logo, não há uma solução que valha para todas as hipóteses analisadas no item 3. Pelo contrário, elas têm que ser construídas casuisticamente, considerando os bens jurídicos em jogo.

## CONCLUSÕES

a) A jurisprudência constitucional pode ser modificada, tanto no âmbito do controle abstrato, quanto no do difuso, gerando problemas com a aplicação do novo entendimento jurisprudencial para os administrados alcançados pela nova decisão;

b) A observância dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, ambos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, evitará o surgimento de controvérsias com a aplicação dos novos critérios jurisprudenciais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Denominado Código Tributário Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 662**. É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas de videocassete. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_601\\_700](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

KREIBICH, Roland. **Der Grundsatz von Treu und glauben im Steuerrecht**. Heidelberg: Müller, 1992.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

NOVOA, César Garcia. **El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SCHWARZ, Kyrill-A. **Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip**. Baden-Baden: Nomos, 2002.

SHUENQUENER, Valter. **O Princípio da Proteção da Confiança**. Niterói: Impetus, 2009.

WEBER-DÜRLER, Beatrice. **Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht**. Basel; Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, 1983.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Rechtsphilosophie**. 5. ed. München: Beck, 2007.

ANALFABETOS E MULHERES: OS VULNERÁVEIS  
DEMOCRÁTICOS SOB A ÉGIDE EVOLUTIVA DA  
CF/88 — MARGINALIZADOS HISTÓRICOS?

---

*Júlia Maia de Meneses Coutinho*

*Karin Becker Lopes*

*Newton de Menezes Albuquerque*



## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema proposto justifica-se relevante, pois aborda duas nuances antidemocráticas ao longo da CF/88<sup>1</sup>.

A primeira delas ressalta que não se pode perceber a previsão jurídica ou social de qual seria o critério decisional de aplicabilidade, que permeia a condição de analfabetismo, pois esta apenas reflete que são absolutamente inelegíveis os analfabetos, sem antes propor a real caracterização dessa circunstância. Assim, a previsão do art. 14, §4º, CF/88 transparece como uma restrição a um direito fundamental em um país com elevados índices de analfabetismo<sup>2</sup>. Consequentemente aporta-se uma divergência, haja vista não se saber o grau de instrução que um candidato deve dispor para ser considerado alfabetizado. Nesse sentido, o analfabeto pode votar para compor um critério de maioria em uma democracia, exercendo sua capacidade eleitoral ativa, mas não pode ser votado, ou seja, exercer a sua capacidade eleitoral passiva; o que comporta mencionar que ele é um cidadão sem capacidade eleitoral plena.

No tocante à segunda nuance, tem-se que a luta das mulheres por uma condição igual a dos homens existe desde muito tempo. Parece até mesmo que sempre existiu. A violência de gênero, conceituada por Costa (2015, p. 201) como “a raiz de toda a violência que sofre a mulher em todos os planos da vida, seja no doméstico (âmbito privado), seja no social (âmbito público) [...] pelo fato de ser mulher”, parece estar entrelaçada com a própria história do ser humano, desde sua origem até a atualidade. No Brasil não foi diferente. A mentalidade acerca da inferioridade feminina fundamentava-se nos mais diversos argumentos, incluindo o tamanho do cérebro, como se pode perceber nas palavras de Barreto (1926), ao defender o direito da mulher de ter acesso

---

1 Ao longo do texto a Constituição Federal de 1988 será mencionada por meio da sigla CF/88.

2 Atualmente, o indicador de alfabetização mais utilizado para comparações históricas e internacionais é constituído por meio da informação de recenseamentos nacionais, periódicos da população, a respeito da capacidade declarada pelos informantes de ler e escrever um bilhete simples. Atendendo à recomendação da UNESCO, esse critério de alfabetização é utilizado no Brasil desde o Censo de 1950; até o recenseamento de 1940, era considerada alfabetizada a pessoa que soubesse assinar o próprio nome. A título ilustrativo, segundo a UNESCO INSTITUTE FOR STATISTICS (2015, *on line*), em 2005, conforme nota declarada pelo IBGE, em 2006, num ranking de 10 (dez países) da América do Sul e o México, o Brasil é o 8º colocado na questão do analfabetismo, com a taxa de 11,6%, ficando abaixo apenas do Peru (12,3%) e da Bolívia (13,5%). A Argentina é em 1º lugar, com 2,8%.

ao ensino superior. O caminho percorrido pelas mulheres brasileiras até à conquista da absoluta igualdade jurídica de gêneros e a consequente capacidade eleitoral plena foi custoso e demorado.

Com efeito, o objetivo deste artigo, em relação ao contexto dos analfabetos, é auferir qual o critério a ser utilizado como índice de alfabetização; por conseguinte, perquirir acerca da distinção entre a capacidade cognitiva de votar e ser votado. Seria este um critério elitista? Por fim, com base em princípios como a igualdade e liberdade política, enseja-se discutir o verdadeiro sentido da vedação absoluta no tocante à capacidade eleitoral passiva. Já em relação às mulheres, objetiva-se o despertar de uma reflexão acerca da veracidade da sensação de que, uma vez conquistado o direito constitucional pleno à igualdade entre os sexos, a mulher ocupe a mesma posição social do homem. São avaliados os principais progressos nacionais nesse sentido, com especial destaque àquelas que, contra todas as forças ideológicas predominantes, enfrentaram tribulações e contribuíram na consecução da igualdade jurídica entre gêneros.

Como critério metodológico, este estudo perfaz uma pesquisa bibliográfica pautada na análise de obras e artigos especializados do tema. Em seguida, buscou-se o método da interdisciplinaridade da História, com a Filosofia, Ciência Política, Direito Constitucional e Direito Eleitoral, para que fosse possível a solução proposta pelo artigo, qual seja, em que medida os vulneráveis democráticos — analfabetos e mulheres sob a égide evolutiva da CF/88 — são ou não marginalizados históricos. Assim, a realidade de tais contextos afirmaria a existência de critérios (anti) democráticos na Constituição Cidadã?

## **1. OS ANALFABETOS E A ATMOSFERA TEMPORAL, COGNITIVA, PRECONCEITUOSA E PRINCIPIOLÓGICA, QUE ENVOLVE A CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA**

O voto dos analfabetos, ou seja, a capacidade eleitoral ativa foi instituída no Brasil em virtude da Lei Saraiva (Decreto Legislativo nº 3.029/1881). Durante tal período, inexistiu qualquer impedimento para a participação do analfabeto no processo eletivo, mas, posteriormente, a Constituição Republicana de 1891, contudo, proibiu o voto e a medida permaneceu pelas constituições subsequentes até a Emenda Constitucional nº 25, de 1985 (sufrágio restrito



capacitário) quando o iletrado voltou a exercer o voto, embora não pudesse, até hoje, disputar cargo eletivo, ou seja, gozar de sua capacidade eleitoral passiva. Resta claro que a extensão do voto a todos é uma conquista lenta no processo democrático.

A Constituição Cidadã de 1988, com o sufrágio universal, repaginou o sistema eleitoral e ampliou a inserção dos eleitores ao rol dos direitos políticos, garantindo um processo eleitoral mais eficiente quanto às demandas do Estado Democrático de Direito.

O regime democrático possui intensa relação com a cidadania, a qual pode ser exercida de forma ativa (com a escolha dos representantes) e de modo passivo (com o direito de ser escolhido representante). Ocorre que o analfabeto, nos termos do art. 14, §4º da CF/88, não pode exercê-la de maneira passiva.

A evolução no tocante ao tema ocorreu, mas se acredita não ser suficiente, pois o analfabeto, ainda que atenda a todas as condições de elegibilidade previstas no art. 14, §3º da CF/88, será discriminado como inelegível, sem, portanto, poder promover o registro de candidatura, restando configurado como um impedimento do exercício da capacidade eleitoral passiva.

Tal situação promove importante questionamento inicial nesta seção do artigo, malgrado se indaga: quais os critérios de classificação do analfabetismo?

No Brasil, embora sejam exigidos os requisitos de elegibilidade, a Constituição não carrega em seu teor o conceito de analfabeto, tampouco os critérios a serem auferidos para que o candidato seja considerado, ou não, portador desta condição.

Na contextura desta observação, a interpretação literal deixa uma multidão de analfabetos sem qualquer forma de representação, haja vista o fato de que, nos moldes de Costa (2009, p. 105), “não existe — nem existirá — um critério seguro e definitivo de decidibilidade de aplicação do signo analfabetismo”. Nesse sentido, aloca-se na vagueza desse vocábulo a realidade social abrangida pelo preconceito contra o povo, em especial, o analfabeto.

No Brasil, considera-se alfabetizado, em termos pedagógicos, a pessoa que expressa razoavelmente as atividades de leitura e escrita<sup>3</sup>. No caso da escrita, deve existir um mínimo de concatenação de ideias, ainda que sejam notórios

---

3 Todas as informações pedagógicas de contextualização do tema foram traçadas mediante a análise das obras de Cagliari, *Alfabetização e Linguística* (1989), e Galvão e Di Pierro, *Preconceito contra o analfabeto* (2007).

os problemas expressos em relação à Gramática. Já a leitura é uma atividade que solicita um mínimo de compreensão de sentido, ainda que a eloquência seja tortuosa. Com isso, o que caracterizaria o analfabeto para os efeitos da legislação eleitoral, perante a fragilidade dos critérios de avaliação no País?

Este questionamento revela a subjetividade do problema proposto, pois, de um lado, está a ingerência dos largos índices de analfabetismo no Brasil. De outra sorte, os direitos políticos são amparados constitucionalmente, refletindo-se como parte dos direitos fundamentais; haja vista a perspectiva de participação cidadã na vida pública e política do País, onde, democraticamente, todo poder emana no povo (CANOTILHO, 1998, p. 1043–1045). Neste mote, Silva (1982, p. 258) ensinava que “uma constituição democrática assenta sobre o compromisso político e social de cumprir ideais de vida em comum, voltados a realizar a dignidade dos membros da sociedade, na qualidade de pessoas humanas”. Assim sendo, esse direito político só será tido como fundamental quando for dotado de resistência às opressões, como ocorre com os analfabetos, por meio da liberdade política.

Adentra-se na seara do preconceito, propondo-se a seguinte reflexão: seria o contexto social um elemento para a determinação da inelegibilidade do analfabeto?

Ao longo do texto da CF/88, pode-se perceber que os analfabetos são vítimas de discriminações, além do excessivo constrangimento proveniente da palavra “analfabeto”, haja vista que, por conta disto, estes foram ao longo das constituições republicanas proibidos de pleitear cargos eletivos. E, nas palavras de Benevides (1998, p. 80), tal fato radica na percepção preconceituosa de que “o povo é incapaz de votar, porque dentre as suas múltiplas carências é incompetente, conservador, vulnerável e dirigido pela tirania da maioria”. E acrescenta a autora (1998, p. 81) que “o povo ainda não está preparado para a democracia”. Com isso, remete-se a uma grave ferida, o preconceito contra o povo, em especial, o analfabeto.

Uma situação que permite valorar a capacidade eleitoral passiva do analfabeto é a máxima de que os cegos podem procurar o auxílio de pessoas de sua confiança para que leiam documentos relevantes e escrevam informações detalhadas por estes. Nesta acepção, inquire-se: qual o motivo pelo qual o analfabeto não se poderia valer deste mesmo critério? Nestes termos, Galvão e Di Pierro (2007, p. 96) são claros, ao mencionarem que

O preconceito, disseminado diariamente na mídia e manifesto nas mais diversas situações de interação, é introjetado por aquele que não sabe ler nem escrever: vê-se como cego, sente-se um ignorante, aquele a quem falta algo para corresponder às expectativas sociais.

A resposta para essa pergunta encontra respaldo em situações reconhecidas em lei, pois permitem que adultos sem o convívio com a escrita e a leitura possuam idoneidade para praticar diversos atos da vida civil, como, por exemplo, convalidar núpcias, aderir a uma corrente religiosa ou até pagar impostos.

A deficiência dos analfabetos é objeto de críticas e possui embasamento na necessidade de um grau mínimo de instrução para o exercício “consciente” do direito de sufrágio. E, como se nota, no Brasil há muitos lugares onde o índice de analfabetismo é elevado e isso pode, de fato, definir uma eleição. O curioso é que os analfabetos podem diretamente participar de consultas, plebiscitos e referendos, mas não lhes é dado o poder de representação política.

Resta observar o fato de que grande parte dos analfabetos não é assim por vontade própria, e sim por elementos extrínsecos, sendo estes revelados por diversas penúrias sofridas ao longo da vida, como o trabalho infantil, o trabalho escravo, a falta de estrutura familiar, financeira, social e econômica (GALVÃO; DI PIERRO, 2007, p. 16).

E, por conta disso, são tortuosamente humilhados pela sentença antidemocrática pregada pela CF/88, quando alude que se alguém é analfabeto, automaticamente, se agrega a esta pessoa a premissa de inelegibilidade. Este fato caracteriza dupla punição, pois em consequência de não se saber ler e escrever tem-se a privação do sufrágio.

Adita-se o fato de que Chauí (2011, p. 145) traz em seus estudos acerca de Cultura e Democracia uma importante segmentação em questões “sociológicas, filosóficas e históricas” e todas elas se encaixam muito bem no contexto da pesquisa sob relação, pois, sociologicamente, as instituições democráticas trabalham para assegurar a participação do analfabeto no processo ativo e passivo eleitoral. Por conseguinte, filosoficamente, os princípios da fundação democrática também buscam amparar essa causa, mas quando se pensa historicamente, denota-se que o analfabeto carrega consigo uma gama de preconceitos, tornando-o distante da ampla igualdade política que prega a cidadania democrática.

Adita-se a perene contradição acerca da participação do analfabeto na vida eleitoral, principalmente no que tange aos países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, pois, aqui, o governo democrático deixa de ser de maioria, por conta dos marginalizados da vida política. Há quem sustente a ideia de a democracia ser qualidade e não quantidade, mas se acolhe o raciocínio de Kelsen, para quem a democracia é uma caminhada para a liberdade. (BONAVIDES, 2008, p. 262–264).

Importa destacar a noção de que a alfabetização não é fundamento de esclarecimento, tampouco de interesse para a participação política. Sendo assim, a exclusão dos analfabetos leva ao governo das minorias (DALLARI, 2006, p. 187).

A influência no processo eleitoral deve se estender a vários tipos de atividades políticas, pois o que se intenta são cidadãos ativos e não passivos (COSTA, 2013, p. 74).

Nesse sentido, faz-se necessária a seguinte interposição a esse contexto: não seriam esses analfabetos os mais sensíveis, em razão dos inúmeros percalços da vida e os que mais poderiam valorizar o acesso ao poder?

Leal (2012) é claro ao refletir a respeito da inadequada estrutura social, desde os tempos do coronelismo, que criou um contingente de eleitores incapazes de desempenhar o seu papel político e facilitou a medida elitista dos condutores de rebanho eleitoral.

É sabido que, passados vários anos da CF/88, podemos ver que a restauração desse elemento antidemocrático está longe de ser concluída, pois, mesmo que os analfabetos demonstrem honestidade, capacidade laborativa, administrativa e empresarial, o TSE torna a dizer que o critério para a caracterização de um analfabeto não passa do “teste do bilhete”<sup>4</sup>.

Destarte, após mencionadas as questões temporais, cognitivas e preconceituosas, eis que surge a necessidade de pontuar o liberalismo como perspectiva doutrinária com surgimento na Europa da Idade Moderna, que previu a igualdade para todos. Assim, o viés democrático do movimento incentivou a ideia de representação (STUART MILL, 1958). O cidadão aqui é participante da vida civil ou política e vive em uma sociedade determinada

---

4 Neste, a pessoa que não conseguir escrever e explicar o que escreveu é taxativamente caracterizado como analfabeto, e, em consequência de tal fato, terá subtraída a sua capacidade eleitoral passiva. Este fato adita uma aparente infração ao Princípio da Igualdade advindo da Revolução Francesa e amparado pelo *caput* do art. 5º da CF/88.

pelas relações de mercado (CHAUÍ, 2015, on line). E, ao mencionar a liberdade, vê-se, nos termos de Stuart Mill (1958), que, por esta ser preservada, deve-se protegê-la dos interesses da próspera burguesia industrial e financeira, com a expansão do direito de voto (RANIERI, 2013, p. 260).

Importa destacar, neste quesito, a ideia de liberdade que se necessita é aquela capaz de tornar o povo mais ativo, por meio do voto, da participação e da elegibilidade, haja vista, consoante ressalta Müller (2013, p. 147): o fato de a liberdade não ser “a liberdade elitista da burguesia devotada à atividade econômica, mas a liberdade igual de todos”.

As condições históricas do Brasil e as lutas sociopolíticas aqui travadas sempre buscaram ideais de liberdade e isonomia, em virtude da existência real de desigualdades, conforme exemplificada pela capacidade eleitoral passiva do analfabeto.

Esta realidade permite a noção de que a democracia é o instrumento de preservação da igualdade, já que a perda enseja, também, o prejuízo da liberdade, a maior causa da democracia.

A liberdade é fundamento garante da justa lei, em que os participantes desta ação devem ser destinatários de igual medida. Ante tal explanação, o elemento hipócrita resplandece, pois, na atualidade, muito se fala acerca da igualdade entre os membros de uma sociedade, mas, em contraposição, as atitudes preconceituosas dos representantes — por vezes elitistas — tolhem a sociedade.

Bobbio, em três de suas grandes obras, buscou inferir relevância ao critério de interdependência da liberdade em relação à igualdade, já que esta é uma das grandes dificuldades de uma democracia — conciliar liberdade e poder — para garantir a igualdade de todos com vistas a usufruir dos direitos fundamentais sem distinção (BOBBIO, 1997, p. 13; BOBBIO, 2013a, p. 35; BOBBIO, 2013b, p. 41). Destarte, nos termos de Kelsen (2000, p. 27), “A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia”; ou, ainda, só haverá igualdade política num Estado Democrático onde a liberdade se torna possível (ARENDRT, 2006). Nesta acepção, soma-se a noção de que a regra majoritária é a garantia, num Estado Democrático de Direito, de que a igualdade política será alcançada (DAHL, 2006, p. 17).

A alfabetização foi reconhecida não somente como direito básico do cidadão, mas também como dever e responsabilidade das pessoas perante a sociedade.

Com o advento da CF/88, restituiu-se ao analfabeto o direito de votar, mas, conforme já mencionado, o estigma degenerativo não deixou de existir.

A alfabetização é um elemento que possibilita a inserção social, o que promove uma sociedade mais justa e igualitária, pois, assim como a aquisição de conhecimento, historicamente, significa entregar a detenção do poder às classes dominantes — pensamento que vai de encontro ao lecionado por Cagliari (1989), quando este ensinava que “Nada melhor do que a ignorância para gerar a obediência cega, a subserviência e o conformismo, como destino irrevogável da condição humana”.

Demonstra-se em relação à inelegibilidade do analfabeto, seu caráter preconceituoso e estreita relação com o liberalismo, é que este possui elementos incompatíveis com a teoria da democracia, na qual a igualdade é um princípio fundamental para a configuração de um regime autenticamente democrático. Sartori (1987) ressalta que, em uma democracia, deve haver igualdade de oportunidade, ou seja, ter acesso ao igual ponto de partida; ou, ainda, na percepção de Tocqueville (1977), a igualdade de condições.

Ora, ao se deparar a capacidade eleitoral passiva do analfabeto, logo é perceptível uma ruptura a uma cláusula pétrea por parte do próprio Estado. E parece curioso pensar que o analfabeto tem direito a votar, mas não tem o direito de ser votado. Qual seria esse parâmetro cognitivo para diferenciar as tarefas de eleger e representar?

Cumprir destacar a ideia de que a Democracia não é somente votar, mas participar da edificação do Estado e da sociedade. Infelizmente, a ideia liberal de democracia é expressa, historicamente, como democracia restritiva, excludente, elitista e minoritária. Isto não guarda coerência, quando se pensa em termos de que o princípio democrático é algo que vislumbra a ampliação e não a restrição de direitos, buscando cada vez mais a socialização do poder. Nesse sentido, acolita-se o pensamento de Goyard-Fabre (2003a, p. 342), ao exprimir que “as virtudes da democracia são também suas fraquezas, sua força é também o que produz sua impotência”.

Num país como o Brasil, portanto, se observa uma democracia precária e incipiente, que se mostra, no mínimo, como paradoxal em virtude de ser oriunda de elementos preconceituosos como a escravidão, a aristocracia e o autoritarismo. Uma questão como essa é suscitada no Brasil pelo caráter autoritário e excludente, firmemente apontado por Benevides (1998, p. 96), quando entende que, “quanto maior for a participação popular, maiores serão

as chances de se criar no povo a consciência de seus direitos, em seu sentido essencial, de exigências contra outrem”.

Vale acrescentar o entendimento de que a democracia é pautada nos moldes de um acesso amplo e igualitário de todos, e, conforme a percepção de Neves (2013, p. 137–138), “as regras do jogo democrático [...] asseguram o pluralismo, estabelecendo a participação o mais abrangente possível de indivíduos”. É estabelecido, pois, nesse ensinamento, que a igualdade funciona como pedra angular da cidadania, ou seja, se torna insustentável uma relação constituída sobre os desmedidos acalantos de poderes e prerrogativas de alguém superior, em que os seus inferiores não teriam acesso à liberdade e à igualdade. E isto se aplica, portanto, à situação da capacidade passiva dos analfabetos no Brasil. A cidadania, então, ocorre quando há inclusão jurídico-política generalizada, sem os caracteres da discriminação nos sistemas sociais, haja vista o fato de que, nas palavras do autor supramencionado, os analfabetos, nestes moldes, são tratados como “cidadãos de segunda classe”.

Tradicionalmente, os liberais achavam que o homem tem de trabalhar para viver e, por conta disso, não haveria de ter tempo para se dedicar aos estudos e exercer o direito à tarefa de votar e ser votado. Assim sendo, a atividade governamental era pressuposta como atividade excludente apenas para os letrados.

Nesse sentido, fundamentou-se essa ideia ante os próprios autores liberais, como Montesquieu (2005) e Constant (2005) que, apesar de postularem a ampliação do direito de voto, acreditavam que os iletrados eram incapazes de exercerem, com afinco, as atividades representativas.

Ao observar os ensinamentos descritos em linhas anteriores, vê-se um discurso elitista, de sábios e intelectuais, de maneira que as pessoas comuns, como os analfabetos, devem ser excluídas por não possuírem condições necessárias para a decisão de assuntos complexos. Isso foi perfeitamente demonstrado nas palavras de Losurdo (2004, p. 282), expressas nesta opinião lúcida de que “o sufrágio é um direito subjetivo irrenunciável, com o intuito de evitar restrições censitárias, culturais e raciais em prol da quebra do elemento antidemocrático que permeia a capacidade eleitoral passiva dos analfabetos”.

O liberalismo, com efeito, é uma corrente ao mesmo tempo emancipadora e excludente, pois nem todos podem participar dos problemas do Estado. Nestes termos, a elegibilidade do analfabeto é um passo fundamental para uma sociedade menos desigual e discriminatória, tendo em vista um âmbito

mais justo e livre. Não parece razoável a ideia de que o direito qualquer do povo seja tolhido por um elemento antidemocrático de inelegibilidade, como o analfabetismo, pois ser analfabeto não é sinônimo de ignorância e, por isso, não deve corromper a cidadania, muito menos a representatividade.

## **2. O COMPASSADO PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE DIREITOS POLÍTICOS FEMININOS NO BRASIL**

Como bem assinala Castro (1983, p. 133), “a rigor, toda a cultura mundial, de parceria com a ciência, a filosofia e a fé religiosa tomaram partido do masculino, fomentando através dos séculos a aviltante marginalização do feminino”. No Brasil, José Bonifácio foi o primeiro a romper as barreiras do preconceito e defender, perante a Câmara dos Deputados, a instituição do voto de qualidade extensível à mulheres com educação de nível superior. A proposição foi negada, uma vez que as ideias daquele tempo não permitiam considerável avanço. Ademais, à época, somente existiam dois cursos superiores, que eram frequentados apenas por homens (ESTRELLA, 1975).

A Constituição Política do Império do Brasil (1824), somente se refere ao sexo feminino no tocante às mulheres pertencentes à família real e ainda assim, em relação a assuntos patrimoniais ou governamentais, sem jamais considerá-las sujeitos de direito (BRASIL, 1824). A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, da mesma forma que a anterior, exclui as mulheres da esfera da cidadania (BRASIL, 1891).

Em 15 de outubro de 1827, por meio de lei, foram criados outros dois cursos superiores, um em São Paulo e outro em Pernambuco, e houve relevante conquista pela população feminina, ao ser sancionada uma lei que previa educação de meninas. Maior progresso proporcionado pela referida lei consta em seu art. 13, que prevê igualdade de salários entre professores de ambos os sexos. Apesar de a educação possibilitada ter sido, ainda, eivada de preconceitos, ela deu ensejo, como explana Lemos (2008), à ativação da voz feminina na sociedade, uma vez que as meninas começaram a ter contato com o meio social, ao saírem de casa para frequentarem a escola, e passaram a ter no magistério uma possibilidade de ocupação.



Em 1832, na cidade de Ouro Preto, 160 mulheres assinaram uma petição, e a enviaram ao Senado, pedindo em favor de parentes presos em virtude de atos de insurgência (LEMOS, 2008). Em 1838, Nísia Floresta, que em 1832 publicou *Direito das mulheres e injustiça dos homens*, instituiu uma escola de meninas no Rio de Janeiro, Colégio Augusto (AZEVEDO; RABAT, 2012). Em 1850, iniciaram-se, ainda que sem força, as conversas acerca da defesa do direito de voto feminino (LEMOS 2008). Nesse mesmo ano, as mulheres foram incluídas no rol de possíveis comerciantes, no Código Comercial, apesar de, nesse mesmo instrumento, terem sido proibidas de exercer o ofício de corretor.

No Brasil, em 1879, foi oficialmente permitida a matrícula de mulheres no ensino superior, tendo sido Rita Lobato Velho a primeira médica formada no País, em 1887 (AZEVEDO; RABAT, 2012). Importa fazer menção, nesse aspecto, ao deputado e filósofo Tobias Barreto, uma vez que este defendeu vigorosamente a capacidade intelectual da mulher, como se pode observar em seu discurso sobre a educação da mulher, proferido na Assembleia de Pernambuco, em 22 de março de 1879:

Eu ousou, pois, confiar na boa causa que trato de defender, e no bom gênio que me inspira, o gênio do reconhecimento e do culto rendido às excelências do belo sexo, ousou confiar, repito, que poderei também contribuir com algumas verdades, seriamente meditadas e francamente expressas, para arredar desta assembleia a immensa responsabilidade de um peccado imperdoavel contra o santo espirito do progresso, de um crime de lesa-civilização, de lesa-ciencia, qual seria sem dúvida o de ficar aqui decidido, barbaramente decidido e assentado, que a mulher não tem capacidade para os misteres scientificos, para os misteres que demandam uma alta cultura intellectual (BARRETO, 1926, p. 42)

Em 1880, relevante feito obteve Isabel de Mattos Dillon, dentista, ao ter sucesso no pleito, por via jurídica, ao direito de voto, uma vez que a Constituição, então vigente, garantia o sufrágio aos possuidores de grau superior, omitindo-se em relação às mulheres (AZEVEDO; RABAT, 2012).

Na Constituinte de 1890, dando continuidade à proposta de José Bonifácio, figuras como Epitácio Pessoa, Hermes da Fonseca e Nilo Peçanha redigiram emenda que incluía o direito de voto às mulheres que possuíssem grau superior ou exercessem o magistério, que mais uma vez fora recusada (ESTRELLA,

1975). Somente no começo do século seguinte é que surgiu um movimento organizado em favor do direito ao voto feminino.

Foi fundado, em 1910, pela professora Leolinda de Figueiredo Daltro, o Partido Feminino Republicano, cujo objetivo era a emancipação da mulher e cujas manifestações não foram reprimidas, haja vista que ilegítimas. Em 1917, Maria José de Castro Rebelo Mendes, no Ministério das Relações Exteriores e, em 1919, Bertha Lutz, no Museu Nacional, foram as primeiras mulheres a ocupar empregos públicos (AZEVEDO; RABAT, 2012). Ainda em 1919, foi elaborado projeto de lei, pelo senador do Pará, Justo Chermont, prevendo o direito de sufrágio feminino (ESTRELLA, 1975).

Foi no século XX, então, que as mulheres brasileiras começaram a reivindicar, com maior empenho, seus direitos políticos. Ainda assim, um caminho extenso havia de ser percorrido. Em 1922, como descreve Estrella (1975), o juiz Afonso José de Carvalho negou pedido de alistamento eleitoral feminino, fundamentando-se no fato de que a expressão “cidadãos brasileiros”, utilizada na legislação, referia-se exclusivamente ao sexo masculino. Em 1927, a esperança insuflou os movimentos feministas quando o Rio Grande do Norte, adiantando-se à legislação federal, reconheceu o direito de voto à mulher. O Estado elegeu na cidade de Lages, em 1928, a primeira prefeita do País, Alzira Teixeira Soriano<sup>5</sup>.

Em 1932, o tão pretendido direito de votar e ser votado foi concedido às brasileiras, por meio do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu um novo Código Eleitoral. A primeira grande conquista, após esse acontecimento, foi a eleição de Carlota Pereira de Queirós, paulista, ao cargo de deputada federal, em meio a 214 homens eleitos, em 1933 (AZEVEDO; RABAT, 2012). Posteriormente, em 1934, o direito feminino ao sufrágio foi elevado ao *status* constitucional, entretanto, restringindo o mesmo às ocupantes de serviço público remunerado (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1934 inovou no tocante à igualdade de gênero, ao dispor, em seu art. 113, I, que “todos são iguais perante a lei” e que “não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça [...]”. Outros avanços, como a proibição de diferença salarial entre gêneros e de trabalho insalubre a mulheres, a assistência à gestante, o direito a descanso antes e depois do parto e a instituição de previdência em favor da maternidade, também compuseram

---

5 Informação retirada de documento que reporta à exposição organizada pelo Museu da Câmara dos Deputados mostrando a trajetória da mulher brasileira na política.

essa Carta Constitucional. Nas eleições de 1934, foram eleitas Joanna da Rocha Santos à Prefeitura de São João dos Patos, no Maranhão, e Antonietta de Barros à Assembleia Legislativa de Santa Catarina, tendo sido esta a primeira mulher negra eleita no Brasil (AZEVEDO; RABAT, 2012).

A legislação, apesar de refletir a tendência da sociedade à mudança de pensamento, não possui a capacidade de efetivamente mudá-lo. A Carta de 1937, promulgada com o advento do Estado Novo, trouxe inúmeros regressos às conquistas femininas, omitindo-se no que se refere à igualdade de gêneros e ao direito de sufrágio da mulher. Manteve somente o direito de assistência médica à gestante e de descanso antes e após o parto, além da proibição a trabalhos insalubres (BRASIL, 1937). As condições repressivas pelas quais passavam os brasileiros, nesse período, tiveram particular efeito sobre as mulheres, ainda em condição ideológica desprivilegiada. Em 1941, as brasileiras foram impedidas de praticar uma série de modalidades esportivas, por meio do Decreto-Lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941, que somente foi revogado em 1979.

Após o fim do Estado Novo e a publicação da Carta das Nações Unidas, em 1945, que reconheceu a igualdade de direitos entre gêneros, foi promulgada uma nova Constituição Federal em 1946 que adicionou, em relação à de 1937, a proibição de diferença salarial em virtude do sexo, a contribuição previdenciária da União, empregado e empregador, em favor da maternidade, e restituiu o direito de sufrágio à mulher, desta feita sem restrições (BRASIL, 1946). Pela primeira vez na história do Brasil, em 1947, foram comemorados o Dia Internacional da Mulher e o Dia das Mães (AZEVEDO; RABAT, 2012).

Somente em 1951, as mulheres voltaram a ter participação na política nacional, por meio da eleição de Ivette Vargas como deputada federal, em cujo mandato elaborou projeto lei que garantia estabilidade à gestante<sup>6</sup>. Em 1955, essa representação aumentou com a eleição de duas mulheres à Câmara dos Deputados: Leonita Costa, baiana, e Ivette Vargas, em seu segundo mandato. No pleito eleitoral de 1959, Ivette Vargas novamente foi eleita deputada federal, única do gênero nessa legislatura, tendo obtido a segunda maior votação do Estado de São Paulo (AZEVEDO; RABAT, 2012).

Como é possível observar, mesmo após a conquista da capacidade eleitoral plena, a mulher continuou com pouca participação na política nacional. Essa

---

6 Informação retirada de documento que reporta à exposição, organizada pelo Museu da Câmara dos Deputados, mostrando a trajetória da mulher brasileira na política.

circunstância não decorre apenas, como erroneamente se pode pensar, dos resquícios discriminatórios do gênero masculino, mas do preconceito latente nas próprias mulheres que não se consideravam habilitadas a esse tipo de atividade. A legislação havia sido alterada em favor das mulheres; a cultura, nem tanto. As dificuldades ainda eram numerosas e, por isso mesmo, essas primeiras mulheres a se engajarem no meio político merecem destacada admiração.

Na legislatura que se iniciou em 1967, ano em que a revista *Realidade* foi recolhida por tratar do tema *A mulher brasileira*, hoje — então considerado fora dos padrões morais — a bancada feminina na Câmara dos Deputados contou com a participação de seis mulheres, apesar de cinco delas terem tido seus mandatos cassados em 1969, em virtude do regime militar. Nos pleitos de 1971 e 1975, houve regresso na representação política feminina, realizada por somente uma mulher em cada uma. Em 1979, esse número aumentou para quatro. Nesse mesmo ano, Eunice Michilles, que era suplente, tornou-se senadora, como a primeira mulher a ocupar esse cargo no Brasil (AZEVEDO; RABAT, 2012).

Importante é relatar, nesse ínterim, que, na Constituição promulgada em 1967, teve-se novamente o texto que determina a igualdade de todos, sem distinção de sexo. Essa Carta Constitucional inovou ao proibir distinção de critérios de admissão em virtude de sexo, ao reduzir a idade de aposentadoria da mulher para 30 anos e, finalmente, ao estabelecer a obrigatoriedade do voto identicamente a ambos os gêneros (PIMENTEL, 1978). Foi na 48ª legislatura brasileira que as mulheres começaram a, efetivamente, “ganhar peso” no Parlamento, uma vez que foram eleitas, em 1987, 29 deputadas. O movimento feminista auferiu credibilidade no meio político, surgindo a expressão “lobby do batom”, que se referia ao movimento feminino na Assembleia Constituinte em prol de suas demandas (AZEVEDO; RABAT, 2012).

A Constituição Federal de 1988, então, rompeu com o autoritarismo do regime militar estabelecido desde 1964 e fundamentou seu conteúdo no princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Intitulada “Constituição Cidadã”, a nova Carta Política qualificou, como pétreas, as cláusulas concernentes aos direitos e garantias fundamentais e representou um enorme avanço jurídico às aspirações femininas, que, apresentadas por meio da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, foram, em sua maioria, incorporadas à nova Constituição (PIOVESAN, 2008). Dentre as conquistas

do Texto Constitucional de 1988, encontram-se a igualdade dos direitos de ambos os sexos no que se refere à família, preterição à violência no ambiente doméstico, direito ao planejamento familiar, proteção diferenciada da mulher em relação ao trabalho, dentre outros. No fim do século XX, as mulheres, então, respaldadas constitucionalmente, aumentaram consideravelmente sua influência na esfera pública, em diversas áreas da sociedade, incluindo a política, porém, não ainda de modo suficiente para garantir uma igualdade prática entre os gêneros.

Nas primeiras eleições após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, porém, a quantidade de deputadas eleitas se manteve no mesmo ritmo, com 30 mulheres eleitas (AZEVEDO; RABAT, 2012). Nas eleições de 1994, informa Piovesan (2008, p. 356–357), quando as mulheres representavam “50,22%” do eleitorado brasileiro, só “7,18%” dos candidatos eram mulheres, apesar de não haver mais nenhum obstáculo legal à capacidade eleitoral passiva feminina. Nesse ano, então, a bancada feminina aumentou, timidamente, para 42 deputadas.

Foi instituído, então, um regime de cotas relacionado às candidaturas, como uma ação afirmativa do Estado em favor da promoção da igualdade entre os sexos, previstas na Carta Constitucional. Em 2 de outubro de 1995, foi aprovada a Lei nº 9.100 que determina o direcionamento de 20% das vagas de cada partido ou coligação para mulheres e, em 30 de setembro de 1997, a Lei nº 9.504, veio a substituí-la, preceituando a reserva, pelos partidos ou coligações, de, no mínimo, 30% e, no máximo, 70% das vagas para candidaturas de cada sexo.

Uma vez que não se modifica uma ideologia no mesmo ritmo em que se alteram as leis, o regime de cotas não foi suficiente para alterar a dura realidade da participação das mulheres na política nacional, revelada pelos números. Em 1999, foram eleitas 39 deputadas e, em 2003, 52 mulheres compuseram a bancada feminina. Nos pleitos seguintes, em 2007 e 2011, os números foram, respectivamente, de 46 e 52 deputadas eleitas. A legislatura de 2011 a 2015 marcou a história da luta feminina, no Brasil, por nela ter sido eleita a primeira mulher presidente do Brasil, Dilma Rousseff. Quanto ao Legislativo, para esse período, foram eleitas 45 mulheres, em meio a cerca de 400 homens, enquanto que, desde 1934, quando houve a conquista da

capacidade eleitoral plena às mulheres, até 2011, foram eleitas apenas 175 deputadas (AZEVEDO; RABAT, 2012).

Como informam Azevedo e Rabat (2012, p. 178) sobre o período, “em geral, as mulheres detinham menos de 10% dos cargos na Câmara dos Deputados, no Senado Federal, nas prefeituras brasileiras e nas câmaras de vereadores”. Nas últimas eleições, em 2014, a presidente Dilma Rousseff se reelegeu, e somente 51 deputadas foram eleitas, não alcançando 15% do número de vagas (BARAN, 2014). A condição da mulher brasileira na política, sem desmerecer todas as conquistas já auferidas, tem ainda muito a melhorar, haja vista que a situação discriminatória da mulher se encontra distante de ser superada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas conclusivas, o preconceito contra o analfabeto surgiu em etapas distintas de elaboração social brasileira. Resta lembrar que dos fundamentos do Estado Democrático de Direito se configuram na igualdade, sobretudo jurídica e de possibilidades, não havendo, nesse sentido, como conciliar democracia e discriminação intelectual (DALLARI, 2006, p. 188). Assim, a justiça é um dever maior sob a óptica do asseguramento dos direitos políticos por meio da igualdade. E “O direito político evolui — e deve evoluir — de acordo com os problemas criados pela movimentação histórica e pelo progresso das sociedades”. (GOYARD-FABRE, 2003b, p. 03). “A luta contra a discriminação e a exclusão deixou de ser uma luta pela integração e pela assimilação na cultura dominante” (SANTOS; CHAÚÍ, 2013, p. 79).

Por fim, enquanto forem eleitas apenas pessoas alfabetizadas, em virtude do critério antidemocrático contido na CF/88, e, distantes do problema da ausência da educação, não se pode esperar que medidas efetivas sejam tomadas em prol dos analfabetos. Ou seja, ante os obstáculos causados à democracia e à cidadania, por parte do conhecimento excludente, gera-se a desigualdade econômica, social, política e cultural. Conclui-se, portanto, em relação aos analfabetos, que toda essa conjunção de problemas provém da estrutura autoritária da sociedade brasileira, que bloqueia a participação e a criação de direitos e ideais democráticos e de ampla igualdade política.

Com amplo reconhecimento às mulheres que fizeram e fazem parte da história do Brasil, que lutaram por seus ideais feministas e igualitários, sob as mais variadas adversidades, é preciso admitir que seus efeitos constituem somente os primeiros de muitos que ainda devem ser perseguidos, para que se tenha, efetivamente uma igualdade real entre gêneros, nas esferas pública e privada. Merece atenção o fato de que, se as mulheres de classe média e alta sofrem alguns tipos de preconceito, em virtude de seu sexo, as de classe baixa são as mais atingidas por esses fatores. Diferentemente daquelas, estas, principalmente, não conseguiram se desvencilhar de suas tarefas do lar, relacionadas à administração da casa e dos filhos, e, ao mesmo tempo, conquistado o direito ao labor, e dele hoje depende sua sobrevivência, de forma que elas têm que conciliar o trabalho com as tarefas, ditas, “típicas da mulher”.

Houve significativo avanço na ocupação do espaço político pelo sexo feminino, do século XX ao XXI, de modo que aumentou a quantidade e a qualidade de mulheres no poder. Não se pode dizer que o movimento feminista está estagnado no Brasil, uma vez que existem diversas ações, projetos e manifestações nesse sentido, mas ainda se está distante daquilo que se pode considerar ideal. A mentalidade machista ainda circunda o pensamento e as atitudes dos brasileiros, por haver muito do “antigo” preconceito ainda enraizado na sociedade. Pode-se dizer, no entanto, que ele também permeia o entendimento das brasileiras, pois, como bem elucida Pimentel (1978, p. 95–96), “essa luta não é apenas a luta da mulher contra os preconceitos “instalados” nos outros, mas, principalmente contra os seus preconceitos e estereótipos que lhe foram inculcados durante toda a vida”.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **On Revolution**. London: Penguin Classics, 2006.

AZEVEDO, Débora Bithiah de; RABAT, Márcio Nuno. **Palavra de mulher: oito décadas do direito de voto**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARAN, Katna. Congresso terá mais mulheres em 2015. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 8 out. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/>

eleicoes/2014/congresso-tera-mais-mulheres-em-2015-eemyuit9aosz6cizoib11-dxe6>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BARRETO, Tobias. **Ainda a educação da mulher**. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** São Paulo: Edições Loyola, 2013a.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013b.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Registrada na **Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil**, em 22 de abril de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Publicada na **Coleção de Leis do Brasil**, em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **DOU** de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **DOU** de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.



BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **DOU** de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **DOU** de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 25 de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc25-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 3.029 de 1881 (Lei Saraiva)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_74/MemoriaJuridica/SobreLeiSaraiva.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_74/MemoriaJuridica/SobreLeiSaraiva.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. **DOU** de 26 de fevereiro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3199, de 14 de abril de 1941. **DOU** de 16 de abril de 1941. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3199-14-abril-1941-413238-norma-pe.html>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Lei de 15 de outubro de 1827. Publicada na Coleção de Leis do Brasil, em 1827. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-15-10-1827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-15-10-1827.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 556 (Código Comercial). Publicada na Coleção de Leis do Brasil, aos 25 de junho de 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L0556-1850.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995. **DOU** de 2 de outubro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L9100.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9100.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. DOU de 1 de outubro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

CAGLIARI, Luiz Carlos. **Alfabetização e Linguística**. São Paulo: Scipione, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Princípio da Isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

CHAUÍ, Marilena. Considerações sobre a democracia e alguns dos obstáculos à sua concretização. Disponível em: <[www.recid.org.br/recid-no-brasil/item/download/121.html](http://www.recid.org.br/recid-no-brasil/item/download/121.html)>. Acesso em: 23 jun. 2015.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira de. Reflexões sobre liberdades públicas versus violência de gênero: discurso à luz do Direito Internacional. In: HOLANDA, Ana Paula de Araújo *et al* (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**, v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 189–218

COSTA, Marta Nunes da. **Modelos democráticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DAHL, Robert. **On Political Equality**. New Haven, CT: Yale University Press, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTRELLA, Hernani. **Direitos da mulher**. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1975.

GALVÃO, Ana Maria de Oliveira; DI PIERRO, Maria Clara. **Preconceito contra analfabeto**. São Paulo: Cortez, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KELSEN, Hans. **Democracia.** 2. ed. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEMO, Cleide de Oliveira. Constituição, mulher e cidadania. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leon. **Os alicerces da redemocratização.** Brasília: Senado Federal, 2008, p. 274–313.

LOSURDO, Domenico. **Democracia ou bonapartidarismo: triunfo e decadência do sufrágio universal.** Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUSEU DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Mulheres na política. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2002. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/museu/publicacoes/arquivos-pdf/mulheres\\_na\\_politica-PDF%20novo.pdf](http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/museu/publicacoes/arquivos-pdf/mulheres_na_politica-PDF%20novo.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PIMENTEL, Silvia. **A evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN,

Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce de Leon. **Os alicerces da redemocratização**. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 349–377.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAÚÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SARTORI, Giovanni. **The Theory of Democracy Revisited**. Chatham, New Jersey: Chatham house, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

STUART MILL, Jhon. **Considerations of representative government**. London: The Liberal Arts Press, 1958.

TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América**. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

UNESCO. Institute for Statistics (UIS). Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/priority-areas/sids/education-capacity-building/unesco-institute-for-statistics-uis/>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

CONSERVADORISMO NO PENSAMENTO  
POLÍTICO BRASILEIRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

---

*Gustavo César Machado Cabral*



## INTRODUÇÃO

Este artigo é parte de uma pesquisa em andamento que já rendeu outros trabalhos (CABRAL, 2014; 2015a; 2015b), pretendendo servir de apresentação a um tema que se considera fundamental para se compreender o pensamento político e jurídico brasileiro. É justamente partindo deste tema que se impõe a pergunta-chave deste texto: qual é o lugar das teorias conservadoras no pensamento político brasileiro? A compreensão de como o fenômeno conservador se materializou no Brasil ajuda a entender o processo de formação da ordem jurídica e das instituições nacionais, as quais foram formatadas em contextos em que as ideias conservadoras estiveram presentes, em maior ou menor medida.

Ciente de que o conservadorismo não foi gestado originalmente no Brasil e que essas ideias, mesmo pensadas para questões brasileiras, não podem ser isoladas das suas matrizes, especialmente europeias, resolveu-se estruturar o texto em dois grandes momentos. No primeiro, discute-se a formação do que acreditam ser as características gerais dessa ideologia, partindo do discurso conservador europeu. O segundo momento é dedicado ao tratamento dos principais temas e autores relacionados ao pensamento político conservador brasileiro. Estabeleceu-se a ditadura militar como um limite cronológico para a análise, remetendo-se a outros trabalhos uma reflexão sobre o pensamento e a prática política conservadora na contemporaneidade<sup>1</sup>. Nomes ligados ao conservadorismo, em outras ciências sociais, como Gilberto Freyre, Paulo Mercadante e José Guilherme Merquior, apesar da sua relevância, foram deixados de lado, em virtude dos limites deste trabalho.

### 1. CONSERVADORISMO: CARACTERÍSTICAS

Assim como qualquer conceito político, *conservador* e *conservadorismo* representam uma história de usos e contextos que vão se construindo ao longo tempos, não se tratando, desta forma, de conceitos estáticos. Este texto não tem o

---

1 Para um panorama da teoria conservadora seguindo uma perspectiva conservadora, cf. VÉLEZ-RODRÍGUEZ, 2015, p. 66–78. Sobre a prática política conservadora, cf. CABRAL, 2015b.

objetivo de apresentar uma história conceitual desses termos, o que, aliás, já foi feito competentemente por outros autores (VIERHAUS, 2004)<sup>2</sup>. Caso se pretendesse fazer um estudo dessa natureza, o passo inicial deveria ser a determinação precisa do momento a partir do qual esses conceitos se tomaram parte do discurso político. Mais relevante, no entanto, é estabelecer uma relação entre o surgimento do movimento conservador e a segunda metade do século XVIII, especialmente o período ligeiramente anterior à Revolução Francesa, quando, de acordo com Rudolf Vierhaus, se iniciam movimentos de reação ao iluminismo, às ideias de direito natural, de direitos do homem e às reformas iluministas operadas em governos de algumas regiões da Europa (VIERHAUS, 2004, p. 531).

É, portanto, característica do nascedouro do conservadorismo — enquanto movimento — ser uma reação, implicando que a sua materialização, pelo menos do ponto de vista histórico, foi consequência de ação que inovou ou tentou inovar a realidade. O binômio movimento/reação nos ajuda a compreender a lógica conservadora: caso uma ação tenda a alterar o estado das coisas, faz-se necessária uma reação, com força igual ou superior, para mantê-las como estão. É baseando-se exatamente nessa tese que Roger Scruton defende ser da essência do conservador, um desejo de continuidade<sup>3</sup>. Esse sentimento se relaciona mais firmemente com a manutenção de uma tradição já consolidada que se sente ameaçada por um movimento, mas, para além dos casos em que o desejo de continuidade se manifesta — nas tentativas de rompimento do status quo — é possível observá-lo, ainda quando já houve uma alteração no estado das coisas. Nesta hipótese, a continuidade adquire feições de restauração.

Diferentemente de outras ideologias, como o liberalismo, a democracia, o comunismo e fascismo, o conservadorismo não possui, nos termos de Samuel Huntington, um ideal substantivo (HUNTINGTON, 1957, p. 457) ou um corpo de dogmas fixos e imutáveis, como afirmou Russell Kirk<sup>4</sup>, o que torna difícil,

2 Para o Brasil, cf. LYNCH, 2008. Para uma introdução à metodologia da História dos Conceitos, cf. KOSELLECK, 2006.

3 "It is a limp definition of conservatism to describe it as the desire to conserve; for although there is in every man and woman some impulse to conserve that which is safe and familiar, it is the nature of this 'familiarity' that needs to be examined. To put it briefly, conservatism arises directly from the sense that one belongs to some continuing, and preexisting social order, and that this fact is all important in determining what to do". SCRUTON, 1980, p. 21.

4 "Conservatism is not a fixed and immutable body of dogma, and conservatives inherit from Burke a talento for reexpressing their convictions to fit the time. As a working premise, nevertheless, one can



por exemplo, descrever com precisão, como seria uma sociedade conservadora. Para isso contribui também a ausência de um livro fundador do peso de um *The Wealth of Nations* (1776), de Adam Smith, para o liberalismo, ou o *Manifest der Kommunistischen Partei* (1848) ou *Das Kapital* (1867), de Karl Marx, para o comunismo. A obra comumente apontada como seminal para o conservadorismo, *Reflections on the Revolution in France* (1790), de Edmund Burke, não se enquadra perfeitamente no que se espera de um texto fundador, seja porque, segundo Müller, ela não apresenta uma plataforma política clara e concreta (MÜLLER, 2006, p. 360), ou porque, de acordo com Huntington, ao se confrontar o pensamento de Burke, além das *Reflections*, percebe-se a inexistência de um ponto muito claro na distinção do liberalismo clássico, em matérias como a econômica (HUNTINGTON, 1957, p 461–465). Sua ligação com os Whigs, partido pelo qual ele foi membro do Parlamento por várias décadas, o posicionamento favorável aos rebeldes de várias partes da Europa e ao processo de independência das colônias na América tornam Burke uma figura que, pessoalmente, não pode ser dissociada das causas liberais do final do século XVIII, ainda que o impacto da sua principal obra tenha contribuído, decisivamente, para a formação do pensamento conservador europeu<sup>5</sup>.

Mesmo tendo o primeiro panfleto relacionado ao conservadorismo partido da Inglaterra, que não foi afetada diretamente pelos acontecimentos iniciados com a queda da Bastilha, a França foi logicamente o terreno mais propício para a proliferação de um pensamento conservador frontalmente contraposto à Revolução Francesa. Nomes como Joseph de Maistre (1753–1823) e François René de Chateaubriand (1768–1848) tem um perfil mais relacionado ao *royalism*, à manutenção do *status quo* e à defesa do regime monárquico, teses expressas de modo contundente no primeiro número do principal panfleto restauracionista francês, o jornal *Le Conservateur*<sup>6</sup>, editado por Chateaubriand no período que se seguiu ao final da era napoleônica.

---

observe here that the essence of social conservatism is preservation of the ancient moral traditions of humanity". KIRK, 1960, p. 6.

5 "Was immer Burke unter der Isolierung in seiner Gesellschaft gelitten hat, es wurde nach seinem Tod durch eine ungeheure Breitenwirkung in ganz Europa kompensiert". VON BEYME, 2013, p. 41.

6 Logo em seu primeiro número, o *Le Conservateur* deixou muito claro quais seriam os seus objetivos: "Quoi qu'il en soit de ces accusations, de ces mensonges avec lesquels on se croit obligé de combattre des adversaires, le *Conservateur* soutiendra la religion, le Roi, la liberté, la Charte et les honnêtes gens, ou ni moi ni mes amis ne pouvons nous y intéresser". *Le conservateur*, n° 1, 5/10/1818, p. 7.

Mesmo que o restauracionismo tenha sido uma característica relevante para o primeiro momento do conservadorismo, seria um erro identificá-los. O restauracionismo foi uma pauta datada historicamente e se relaciona, em essência, a momentos mediata ou imediatamente posteriores à profundas quebras da ordem estabelecida. Por outro lado, seria igualmente equivocado esquecer que a defesa do restauracionismo é uma pauta importante para esta ideologia e que muitos autores, sejam do começo do século XIX ou de momentos posteriores, recorrem a ela. Desta forma, há muitos textos conservadores que defendem o restauracionismo, ao passo que outros não o fazem, tornando, assim, essa pauta como não fundamental para determinar a filiação de um autor ou um texto à referida ideologia.

Partindo da discussão sobre o restauracionismo, pode-se afirmar que uma das perguntas que se pretende responder com este texto é justamente quais as características essenciais do conservadorismo, tendo em vista a inexistência, como já se mencionou, de uma ideologia clara. Vierhaus aponta o tradicionalismo, o restauracionismo, a busca por uma harmonia típica de uma era dourada<sup>7</sup>, uma aproximação entre o político e o teológico e a tendência de manutenção da ordem social (VIERHAUS, 2004, p. 533–537). Huntington apresenta seis elementos que seriam essenciais ao credo conservador: a) O homem enquanto animal religioso. b) A sociedade enquanto produto orgânico e natural do lento crescimento histórico. c) O homem enquanto criatura dotada de instintos e emoções, mas também de razão, que levam à necessidade de testar a verdade por meio de experiências concretas. d) A comunidade como superior ao indivíduo, implicando que os direitos do homem derivam dos seus deveres. e) A desigualdade natural dos homens e a organização das sociedades em classes e grupos, a partir dessas diferenças. f) A presunção de que um esquema de governo já estabelecido é melhor do que qualquer projeto ainda não tentado (HUNTINGTON, 1957, p. 456). Russell Kirk, um dos mais importantes teóricos conservadores da segunda metade do século XX, apresentou os famosos seis cânones do pensamento conservador: a) intenções divinas regem a sociedade e a consciência, b) afeição pela vida tradicional, c) necessidade da ordem e das classes nas sociedades civilizadas, d) impossibilidade de se

---

7 "Konservative Denkweise in diesem — traditionalistischen und restaurativen — Sinne haben in der Antike in der Idee eines goldenen Zeitalters einstiger Harmonie, im Mittelalter in dem Glauben an die Vorbildlichkeit der christlichen Urgemeinde, bis in der frühe Neuzeit in der Überzeugung von der Verbindlichkeit alten Rechts Gestalt gefunden". VIERHAUS, 2004, p. 533.

separarem propriedade e liberdade, e) A tradição (racionalidade) deve controlar os impulsos anárquicos do homem, frutos da natural força da emoção nas suas escolhas, f) O reconhecimento de que mudança e reforma não são idênticos, devendo a sociedade passar por mudanças vagarosas e guiadas pela Providência, que seria o próprio instrumento de mudança (KIRK, 1960, p. 7–8).

A proposta cunhada por Müller separou os credos conservadores em quatro dimensões e afirmou que a ideia, situada em duas dessas dimensões, se enquadraria nesse perfil ideológico. As dimensões seriam a sociológica (quando o grupo social usa programa político para tentar manter seus privilégios), a metodológica (conservadorismo não defende uma preservação absoluta, mas que as reformas sejam apenas progressivas e cuidadosas), a estética (presunção em favor do passado e do particular ou concreto, ou, melhor dizendo, do familiar<sup>8</sup>) e a filosófica (defesa de uma importância de relações hierárquicas e de concepções naturais de desigualdade) (MÜLLER, 2006, p. 361–363).

Deixando de lado a determinação de características gerais para o conservadorismo, von Beyme preferiu analisar essa ideologia a partir de uma diferenciação em grupos com características mais homogêneas entre si. Seriam os conservadores status-quo-ante (restauracionistas), o conservadorismo mainstream (não pretendiam restaurar a ordem pré-revolucionária, mas organizá-la racionalmente), conservadorismo reformista (reconhecimento da necessidade de mudanças em face de novos desafios sociais), conservadorismo cristão (transitando entre o tradicionalismo religioso e uma radicalidade social progressiva) e o conservadorismo revolucionário (por meio de métodos de luta política, levariam a uma mudança na ordem instituída, instalando-se, por exemplo, ditaduras reais) (VON BEYME, 2013, p. 15–16). Essa classificação, proposta por von Beyme, permite atestar por exemplo, a aproximação entre o conservadorismo e o radicalismo, comumente identificado com a busca pela mudança na ordem instituída<sup>9</sup>, sendo plenamente possível que a mudança proposta traga à nova realidade características mais conservadoras, como se observou em autores como Vilfredo Pareto (1848–1923) e outros italianos e também na Alemanha, especialmente com Carl Schmitt (1888–1985) (VON BEYME, 2013,

8 "To be conservative, then, is to prefer the familiar to the unknown, to prefer the tried to the untried, fact to mystery, the actual to the possible, the limited to the unbounded, the near to the distant, the sufficient to the superabundant, the convenient to the perfect, present laughter to utopian bliss". OAKESHOTT, 1991, p. 408–409.

9 Por essa razão, muitas vezes é muito tênue o limite conceitual entre radicalismo e revolução, como pontuou Wende, ainda que esses conceitos não devam ser confundidos. WENDE, 2004, p. 132.

p. 221–253). Afastar, de antemão, o conservadorismo de ideologias políticas outras como a democracia, o liberalismo e o radicalismo representa um risco de se incorrer num anacronismo, que mais atrapalha do que ajuda a compreender esse fenômeno político (VIERHAUS, 2004, p. 531).

A busca por características gerais para o conservadorismo ou o agrupamento em tendências ligadas por maiores afinidades dentro do movimento faz perceber que a complexidade do conservadorismo, enquanto ideologia política, pede uma leitura cuidadosa das suas teses. É nesse sentido que se pretende, com este trabalho e com outros (CABRAL, 2015a; 2015b), fazer uma leitura mais vertical do fenômeno conservador no pensamento político e jurídico brasileiro. Em maior ou menor medida, as características apresentadas acima podem ser observadas em autores brasileiros, tal qual se demonstrará adiante. Não se deve perder de vista, contudo, que, assim como qualquer conceito político, conservador e conservadorismo devem ser analisados a partir de uma moldura formada essencialmente por uma análise contextual, a qual deve considerar realidades específicas, problemas concretos e soluções pensadas, precipuamente, a partir desses contextos, mas sem cortar inteiramente os laços com as teses originais, seguindo-se aqui a linha traçada pela história dos conceitos. Os problemas políticos e sociais observados em uma realidade como a da França, logo depois da Era Napoleônica, ocasionaram o surgimento de propostas conservadoras diferentes das que surgiram no Brasil da Primeira República, por exemplo. É justamente esse mapeamento que se fará adiante.

## **2. CONSERVADORISMO À BRASILEIRA: UMA PROPOSTA DE ROTEIRO**

### **2.1. Pressupostos**

Como já se afirmou anteriormente, uma das premissas deste texto é a necessária dependência dos conceitos políticos dos contextos de que são partes. Mais do que uma mera inserção nessas realidades, os conceitos são utilizados de modo efetivamente diferente, a depender desses contextos. Na prática, isso significa que não se encontrará uma perfeita identidade semântico-pragmática entre os conceitos de conservador e conservadorismo na França de 1830 e na

Argentina, na mesma época ou mesmo no Brasil de 1860 e de 1964, por exemplo. A consciência dessa diferença é um ponto de partida necessário para lidar com conceitos políticos: os conceitos de conservador ou conservadorismo foram sendo alterados paulatinamente e se manifestaram de formas diversas, ao longo dos tempos, residindo essa diversidade justamente nas pautas defendidas, as quais se aproximam de várias das características apresentadas, na sessão anterior, como sendo típicas desta ideologia. Desta forma, buscar uma manifestação “pura” e verdadeiramente, transplantada de uma ideologia como o conservadorismo — ou o liberalismo, como fez Roberto Schwarz (SCHWARZ, 2000) — para uma realidade tão distinta do contexto original, dificilmente renderá bons frutos.

Por outro lado, mesmo que existam diferenças visíveis entre os discursos conservadores no Brasil, os quais foram vistos costumeiramente de modo negativo, como ressaltou Lynch<sup>10</sup>, percebe-se uma continuidade de ideias, baseada, como lembra Kaysel, numa espécie de consenso por parte das elites sociais, políticas e intelectuais brasileiras quanto aos valores e formas da sociedade, do capitalismo e do Estado moderno (KAYSEL, 2015, p. 51). Essa visão fez com que autores como Gildo Marçal Brandão (BRANDÃO, 2005) encontrassem, a partir de uma análise do pensamento político brasileiro — em períodos mais longos, uma notável continuidade de algumas ideias — indo justamente nesse sentido a aproximação que tanto esse autor quanto outros como Christian Lynch, enxergaram entre o pensamento saquarema e os autores autoritários dos anos 30 (BRANDÃO, 2005, p. 246–247; LYNCH, 2011). Desta forma, ainda que não haja uma identidade ideológica entre esses dois grupos, percebe-se que eles compõem uma mesma tradição.

Pode-se analisar o conservadorismo no Brasil a partir de diversas perspectivas, dentre as quais os aspectos social ou antropológico, o político e o do pensamento e das ideias. A manifestação das ideias conservadoras na esfera política foi objeto de análise anterior (CABRAL, 2015b), mas é justamente a dimensão do pensamento político que parece ser a mais complexa. A pergunta inicial, que pode ser resumida em “o que pretende o pensamento conservador brasileiro?”, não é facilmente respondida, a começar pela dificuldade de se enxergar uma uniformidade do

---

10 Esse sentido negativo que se agregou ao conceito de conservador, tanto é fruto da tradição marxista que via no conservadorismo uma forte relação com as classes dominantes, e a defesa do establishment sociopolítico, quanto de movimentos políticos posteriores, a fim de reivindicar determinadas ideologias como suas ancestrais, no intuito de legitimar genealogicamente suas aspirações de poder, ainda que nada tenham de substantivo em comum. Cf. LYNCH, 2008, p. 59–60.

conservadorismo brasileiro. O que há, na verdade, são conservadorismos, ou seja, manifestações distintas, ainda que com algumas permanências, das principais ideias conservadoras gestadas no paradigma europeu.

A consciência da existência de características distintas acarretou a opção por uma abordagem que acentuasse a presença desses elementos, o que não significou a adoção da pura classificação em grupos, de modo similar ao que fez von Beyme na obra já comentada. Seguindo uma ordem cronológica e a natural afinidade temática, dispõe-se a seguir sobre autores e obras que podem ser identificados com o discurso conservador.

## 2.2 ÉPOCAS E ATORES

### 2.2.1. Formação da Nação

A primeira manifestação do conservadorismo no período imperial datou dos debates travados na Assembleia Constituinte de 1823, que representou uma tentativa frustrada de elaborar a primeira constituição nacional. Ainda que a figura de maior destaque no processo, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva (1773–1845), tenha estado mais próxima ao liberalismo, a presença conversadora foi muito forte com João Severiano Maciel da Costa (1769–1833), o Marquês de Queluz, e José Joaquim Carneiro de Campos (1768–1836), o Marquês de Caravelas, ambos colaboradores com o processo de elaboração da Constituição de 1824.

Seus conservadorismos se manifestaram de modos diversos. O Marquês de Queluz, pelo menos na Assembleia Constituinte, manifestou uma espécie de restauracionismo peculiar, caracterizado por uma defesa das instituições políticas, pré-liberais, para a nova nação que fizeram José Honório Rodrigues chamá-lo de ultraconservador (RODRIGUES, 1974, p. 274–276). Já Caravelas parece ter se aproximado mais do que von Beyme classificou como conservadorismo mainstream, a partir da sua proposta, efetivamente implantada, de organização política, fortemente influenciada pela obra do conservador francês Benjamin Constant (1767–1830)<sup>11</sup> <sup>12</sup>. O simples fato de a organização política ter sido estabelecida por uma constituição, que se tratou de importante legado do

11 Deve-se dizer que, na visão de von Beyme, Constant estaria mais próximo dos Ultraroyalisten. Cf. VON BEYME, 2013, p. 43–47.

12 Sobre o Marquês de Caravelas, cf. LYNCH, 2014.

liberalismo, já denota que Caravelas utilizou elementos do liberalismo do início do século XIX, dentre os quais a separação de poderes e as declarações de direitos. A tese do “pouvoir neutre” de Constant, aqui chamado de moderador, foi a chave do funcionamento das instituições políticas, garantindo ao Imperador a função de manter o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes.

### **2.2.2. Saquaremas**

Estabelecido o Império e organizados os partidos políticos, percebeu-se, especialmente durante a maior parte do Segundo Reinado, a polarização das ideias políticas entre conservadores, conhecidos como Saquaremas, e liberais, chamados de Luzias. Num momento em que o pensamento político se manifestava muito mais claramente na prática política do que em ambientes intelectuais formais, como a academia, as linhas gerais das plataformas podem ser captadas, em obras escritas, por importantes agentes políticos do período. Entre os saquaremas, destacaram-se sobretudo, José Antônio Pimenta Bueno (1803–1878), o Marquês de São Vicente, e Paulino José Soares de Sousa (1807–1866), o Visconde do Uruguai, cujas obras *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império* (1857) e *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862), respectivamente, sintetizaram os principais argumentos saquaremas.

Na maior parte do período imperial, as principais diferenças entre saquaremas e luzias residiram nos poderes das províncias, em que os conservadores defendiam, muito mais do que os liberais, um efetivo centralismo<sup>13</sup>, e no exercício do poder moderador, cuja defesa coube aos saquaremas<sup>14</sup>. Discussões de outras naturezas, especialmente sobre a república e a abolição da escravidão, não chegaram a marcar uma diferença nítida entre os partidos até meados da década de 1880, o que autoriza a apontar, em linhas gerais, o centralismo estatal como principal característica do pensamento saquarema. Da mesma forma, nenhum dos dois grupos questionou a liberdade econômica nem defendeu enfaticamente a necessidade de o Estado participar ou intervir nas atividades econômicas, matérias que não estavam na ordem do dia no Brasil do século XIX.

13 Para a perspectiva liberal sobre o poder local, cf. BASTOS, 1870.

14 Para uma visão dos liberais do Poder Moderador, cf. VASCONCELOS, 1862, p. 18–66 e 100–254.

### **2.2.3. Do Império à República**

Na transição do Império para a República, uma das principais figuras ligadas ao conservadorismo foi Joaquim Nabuco (1849–1910), que se notabilizou pela defesa da abolição imediata e não indenizada da escravidão (Cf. NABUCO, 1882), pauta que, paulatinamente, foi sendo incorporada pelos republicanos dos centros urbanos. Nabuco, ao contrário, manteve-se monarquista mesmo depois da instauração da República, em 1889, o que se percebe em escritos como *Um estadista do Império*, biografia de seu pai, José Tomás Nabuco de Araújo (1813–1878). Em *Balmaceda* (1895), a visão politicamente conservadora ficou ainda mais clara quando Nabuco, ao comparar os acontecimentos que geraram a Guerra Civil no Chile em 1891, defendeu enfaticamente um governo aristocrático como alternativa para governos despóticos, a exemplo do que ocorreu com a República.

Mesmo sendo um radical, nos termos de Antônio Cândido<sup>15</sup>, no que disse respeito à questão abolicionista<sup>16</sup>, a defesa do retorno a uma ‘era dourada’ (o regime monárquico) é um elemento suficientemente forte a ponto de classificá-lo entre os conservadores<sup>17</sup>.

### **2.2.4 Primeira República**

Entre os conservadores da Primeira República, podem ser mencionados Ruy Barbosa (1849–1923), Alberto Torres (1865–1917) e Jackson de Figueiredo (1891–1928). Em sua vasta obra, Ruy Barbosa não parece ter se preocupado com uma construção doutrinária mais delimitada da sua posição política, ainda que, de acordo com João Felipe Gonçalves (GONÇALVES, 2000, p. 131), se apresentasse como conservador. A crítica às oligarquias políticas e econômicas no final da sua vida e o radicalismo com o qual se contrapôs a muitos aspectos da vida política, da Primeira República, acompanham o anticomunismo e o

15 “Pode-se chamar de radicalismo, no Brasil, o conjunto de ideias e atitudes formando contrapeso ao movimento conservador que sempre predominou”. CÂNDIDO, 1990, p. 4.

16 “Portanto, Nabuco foi um radical temporário, no decênio da militância abolicionista”. CÂNDIDO, 1990, p. 9.

17 Sobre o monarquismo em Joaquim Nabuco, cf., entre outros, ALONSO, 2009; LYNCH, 2012.



uso de argumentos morais para combater adversários, caracterizado em Ruy Barbosa, pelo menos com relação à posição política, uma ambiguidade.

No caso de Alberto Torres, o conservadorismo é mais evidente pela sua defesa enfática de uma necessidade de organizar e de pôr em ordem uma nação molestada por um regime oligárquico, que se seguiu à era dourada do período saquarema, defendendo a centralização política tal e qual fizeram os conservadores no Império. Suas duas obras políticas mais relevantes, *O problema nacional brasileiro* e *A organização nacional*, ambas de 1914, demonstram claramente os termos do seu conservadorismo e exerceram um impacto notável na formação das gerações que se sucederam, as quais fizeram uma leitura autoritária de Alberto Torres<sup>18</sup>.

O pensamento de Jackson de Figueiredo tinha fortes bases religiosas no catolicismo conservador, tendo sofrido influência dos contrarrevolucionários franceses, especialmente de Joseph de Maistre. Anticomunismo, críticas à democracia liberal e à burguesia financeira e uso de argumentos como a corrupção desenfreada e o despreparo da classe política e dos eleitores foram elementos importantes da sua obra mais conhecida, *A reação do bom senso* (1922).

Em comum entre os autores, além de serem oriundos das oligarquias que tanto criticaram e terem ocupado cargos políticos relevantes, foi a crítica à democracia liberal, em termos que se aprofundaram na geração seguinte.

## 2.2.5. Anos 30 e Estado Novo

Conservadorismo e autoritarismo se aproximaram no Brasil dos anos 30, quando boa parte do pensamento político nacional seguiu as bases das críticas severas e contundentes ao regime liberal, instalado desde a proclamação da República. Ainda que partam do mesmo pressuposto, a falência do modelo liberal, há nesse contexto uma grande diversidade de linhas políticas que não se identificam.

Segmento que alcançou notoriedade em meados dos anos 30 foi o movimento integralista, que pode ser apontado como uma versão brasileira do que Von Beyme chamou de conservadorismo revolucionário. Os três principais líderes do integralismo, Plínio Salgado (1895–1975), Gustavo Barroso (1888–1959) e Miguel Reale (1910–2006), deixaram uma numerosa obra, mas entre

---

18 Nesse sentido, cf., entre outros, OLIVEIRA, 1997.

eles, o nome de Reale, apontado como o principal ideólogo do movimento, é particularmente importante. Corporativismo, negação da luta de classes, críticas à democracia, aos partidos políticos, ao parlamento e aos demais fundamentos do liberalismo são as bases sobre as quais se ergue o pensamento conservador e autoritário de Reale (Cf. CABRAL, 2014).

Entre os teóricos do Estado Novo, devem ser destacados os nomes de Antônio José de Azevedo Amaral (1881–1942) e Francisco Campos (1891–1968), autores, respectivamente, das obras *O Estado autoritário e a realidade nacional* (1938) e *O Estado Nacional* (1938)<sup>19</sup>. O elemento central que os une, neste momento, é a crítica ao liberalismo e a necessidade de se ordenar o País, partindo-se sempre do pressuposto de que a coletividade é mais importante do que os indivíduos, numa perspectiva organicista que se aproxima, sobremaneira, do pensamento conservador<sup>20</sup>.

No entanto, o autor mais relevante do período foi Francisco José de Oliveira Vianna (1883–1951), apontado, por muitos, como o herdeiro direto da tradição saquarema do centralismo e do protagonismo estatal (BRANDÃO, 2005, p. 246–247). Entre as suas obras destacam-se *Populações Meridionais do Brasil* (1920), *O idealismo na Constituição* (1927) e *Instituições políticas brasileiras* (1949), nas quais se percebem feições conservadoras quando, a partir de um tradicionalismo, levanta-se como prioridade a urgência da organização nacional, a partir de uma busca por modelos adequados ao perfil brasileiro e compatíveis com essa tradição.

## 2.2.6. A República de 1946

Com o final do Estado Novo, os principais líderes políticos que se opuseram a Getúlio Vargas se congregaram, num primeiro momento, na União Democrática Nacional (UDN), que, mesmo não sendo o único partido

---

19 É muito extensa a bibliografia sobre os dois autores, especialmente sobre Campos. Entre muitos outros, cf. SEELAENDER, 2013.

20 Vai nesse sentido, por exemplo, o pensamento de Roger Scruton: “Conservatism presupposes the existence of a social organism. Its politics is concerned with sustaining the life of that organism, through sickness and health, change and decay”. SCRUTON, 1980, p. 25. “One major difference between conservatism and liberalism consists, therefore, in the fact that, for the conservative, the value of individual liberty is not absolute, but stands subject to another and higher value, the authority of established government”. SCRUTON, 1980, p. 19.

de oposição, foi a principal agremiação anti-varguista institucionalizada e, possivelmente, o primeiro partido conservador brasileiro numa democracia de massas. O perfil dos seus principais líderes foi eminentemente conservador, ainda que não uniforme, congregando personagens importantes para entender o pensamento político e jurídico do período. Liberalismo econômico, crítica ao nacionalismo, pregação da moralidade, aproximação a setores do conservadorismo católico e anticomunismo podem ser apontados como características gerais desse grupo, que, nos dizeres de Mainwaring, Meneguello e Power, apesar de defender declaradamente as liberdades democráticas, apoiou intervenções militares em sucessões presidenciais, inclusive a de 1964 (MAINWARING; MENEGUELLO; POWER, 2000, p. 20–21). A principal liderança partidária no seu período final foi Carlos Lacerda (1914–1977), mas, entre os juristas e intelectuais, destacou-se a figura de Afonso Arinos de Melo Franco (1905–1990), autor de *Parlamentarismo ou presidencialismo?* (1958) e *A evolução da crise brasileira* (1965).

Afora o Partido Social Democrático (PSD), que havia reunido as forças conservadoras do varguismo<sup>21</sup>, outros partidos menores, no período que antecedeu o Golpe de 1964, foram o Partido Republicano (PR), o Partido da Representação Popular (PRP), liderado por Plínio Salgado e herdeiro da AIB, o Partido Libertador (PL), o Partido Democrata Cristão (PDC) e o Partido Social Progressista (PSP), considerada a quarta força política nacional. Raul Pilla (1892–1973), do PL, foi coautor, com Afonso Arinos, de *Parlamentarismo ou presidencialismo?* Onde enfatizou a defesa do regime parlamentarista. Nesse sentido, é exemplar o panfleto *Catecismo Parlamentarista* (1949).

### **2.2.7. Juristas da Ditadura Militar**

O Golpe Militar de 1964 recebeu franco apoio de vários segmentos sociais, movidos por diversas razões que, em grande medida, podem ser agrupadas no argumento conservador da restauração da ordem que estava sendo perturbada por um movimento. O movimento, em 1964, foi representado pelo Governo João Goulart (1961–1964) e pelas suas reformas ameaçadoras do *status quo*. Desta forma, importantes setores econômicos, como a Igreja, parte da classe

---

21 Para um perfil geral dos filiados ao PSD, cf. HIPPOLITO, 2012, p. 41–57.

média e partidos políticos de relevância nacional (especialmente UDN, PSP e parte do PSD), apoiaram os militares no golpe de estado.

Entre os juristas que publicaram textos defendendo as bases do golpe de estado e do governo que se instalou, podem ser mencionados Goffredo da Silva Telles Júnior (1915–2009) e o seu *A democracia e o Brasil: uma doutrina para a Revolução de Março* (1965), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1934–) e *A democracia possível* (1972) e Alfredo Buzaid (1914–1991) e *Rumos políticos da Revolução Brasileira* (1972). A forte crítica à situação política brasileira antes do golpe e a fundamentação do novo, num resgate do que teria sido a verdadeira democracia, numa clara alusão a um restauracionismo de uma ordem violada, uniu esses trabalhos, que, mesmo não tendo sido as únicas obras jurídicas a dar sustentação intelectual ao regime, são exemplares de uma construção argumentativa nesse sentido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de pretender apresentar conclusões definitivas, este trabalho mirou duas metas que se aproximam: de um lado, construir um panorama do pensamento político conservador brasileiro, e, de outro, entender em que medida os autores e as teses conservadoras, de aqui e de alhures, se comunicam. Mesmo em um repasse que se reconhece carecer de efetiva profundidade, verifica-se que o reconhecido pressuposto da ausência de ideologia específica do conservadorismo pode ser claramente observado tanto quando se compara à contribuição brasileira internamente quanto quando esta é comparada com as matrizes europeias. Há elementos europeus que se repetem no pensamento brasileiro, mas é evidente que se está muito longe de uma identidade ou um transplante, os quais, em verdade, seriam impossíveis de se observar, uma vez que os conceitos políticos são moldados por contextos variáveis.

É importante perceber que as pautas conservadoras brasileiras, ainda que tenham elementos comuns ao longo das décadas, não podem ser encaradas como se fossem efetivamente uniformes. Ainda que os saquaremas e os autoritários dos anos 30 tenham na defesa do centralismo estatal um ponto de contato que os aproxime, o antiliberalismo destes não era observado naqueles — nem muito

menos no conservadorismo que se forjou no Brasil a partir da década de 1960 — francamente liberal em vários aspectos. Há, assim, muitos elementos comuns entre os vários momentos conservadores, mas os contextos marcam claramente diferenças relevantes. Desta forma, os conceitos de conservador e conservadorismo atravessaram mudanças relevantes ao longo dos tempos, as quais seguem em marcha e vão moldando, a partir dos contextos, os seus significados.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Ângela. A década monarquista de Joaquim Nabuco. **Revista USP**, São Paulo, n. 83, p. 52–63, set./nov. 2009.

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província: estudo sobre a descentralização do Brazil**. Rio de Janeiro: Garnier, 1870.

BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 231–269, abr./jun. 2005.

CABRAL, Gustavo César Machado. A política no jovem Miguel Reale, o teórico do Integralismo. **Revista da Faculdade de Direito — UFPR**, Curitiba, v. 59, n. 3, p. 85–108, set./dez. 2014.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Parlamento altivo? Notas sobre a agenda conservadora da 55ª Legislatura da Câmara dos Deputados** (inédito), 2015a.

CABRAL, Gustavo César Machado. Pensamento político brasileiro: roteiro de propostas de trabalho. In: CABRAL, Gustavo César Machado; DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos (Org.). **História do direito e pensamento político brasileiro: debates e perspectivas**. Fortaleza: Edições UFC, 2015b, p. 13–50.

CÂNDIDO, Antônio. Radicalismos. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 4, n. 8, p. 4–18, jan./abr. 1990.

GONÇALVES, João Felipe. **Rui Barbosa: pondo as ideias no lugar**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

HIPPOLITO, Lúcia. **De raposas e reformistas: o PSD e a experiência democrática brasileira (1945–64)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

HUNTINGTON, Samuel. Conservatism as an Ideology. **The American Political Science Review**, v. 51, n. 2, p. 454–473, abr./jun. 1957.

KAYSEL, André. Regressando ao regresso: elementos para uma genealogia das direitas brasileiras. In: CRUZ, Sebastião Velasco e; KAYSEL, André; CODAS, Gustavo (Org.). **Direita, volver!** O retorno da direita e o ciclo político brasileiro. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 49–74.

KIRK, Russel. **The conservative mind: from Burke to Eliot**. 3 ed. Chicago: Henry Regnery Company, 1960.

KOSELLECK, Reinhart. **Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

**Le conservateur**. Paris, n. 1, 5 out. 1818.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas**. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O império é que era a república: a monarquia republicana de Joaquim Nabuco. **Lua Nova**, São Paulo, n. 85, p. 277–311, jan./abr. 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O pensamento conservador ibero-americano na era das independências (1808–1850). **Lua Nova**, São Paulo, n. 74, p. 59–92, maio/ago. 2008.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Saquaremas e luzias: a sociologia do desgosto com o Brasil. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 55, p. 21–37, jan./mar. 2011.

MAINWARING, Scott; MENEGUELLO, Rachel; POWER, Timoty. **Partidos conservadores no Brasil contemporâneo: quais são, o que defendem, quais são as suas bases**. Trad. Valéria Carvalho Power. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MÜLLER, Jan-Werner. Comprehending conservatism: a new framework for analysis. *Journal of Political Ideologies*, v. 11, n. 3, p. 359–365, set./dez. 2006.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Londres: Typographia de Abraham Kingdon, 1882.

OAKESHOTT, Michael. **Rationalism in politics and other essays**. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

OLIVEIRA, Francisco. Viagem ao olho do furacão: Celso Furtado e o desafio do pensamento autoritário brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 48, p. 3–19, jul./out. 1997.

RODRIGUES, José Honório. **A Assembleia Constituinte de 1823**. Petrópolis: Vozes, 1974.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2000.

SCRUTON, Roger. **The meaning of conservatism**. Harmondsworth: Penguin, 1980.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Francisco Campos (1891–1968): Uma releitura. In: FONSECA, Ricardo Marcelo Fonseca (Org.). **As formas do direito**: Ordem, razão e decisão. Curitiba: Juruá, 2013, p. 491–525.

VASCONCELOS, Zacharias de Góes e. **Da natureza e limites do Poder do Moderador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1862.

VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Ricardo. A tradição conservadora brasileira. *Nabuco*, São Luís, n. 3, p. 66–78, mar./abr. 2015.

VIERHAUS, Rudolf. Konservativ, Konservatismus. In: BRUNNER, Otto; CONZE, Werner; KOSELLECK, Reinhart (Org.). **Geschichtliche Grundbegriffe**: historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 3. Stuttgart: Klett-Cotta, 2004, p. 531–565.

VON BEYME, Klaus. **Konservatismus**: Theorien des Konservatismus und Rechtsextremismus im Zeitalter der Ideologien, 1789–1945. Wiesbaden: Springer, 2013.

WENDE, Peter. Radikalismus. In: BRUNNER, Otto; CONZE, Werner; KOSELLECK, Reinhart (Org.). **Geschichtliche Grundbegriffe**: historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 5. Stuttgart: Klett-Cotta, 2004, p. 113–133.



A SEPARAÇÃO DE PODERES E AS TÉCNICAS  
DE CONTROLE SOBRE A RESOLUÇÃO  
N.º 23.389/2013, DO TRIBUNAL  
SUPERIOR ELEITORAL BRASILEIRO

---

*Rodrigo Martiniano Ayres Lins*



## INTRODUÇÃO

O modelo constitucional brasileiro acolheu a técnica da distribuição das funções estatais entre os Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário — que atuam com independência e em coordenação — para o necessário equilíbrio na dosimetria do poder. Não obstante a existência formal da divisão das funções entre os poderes, há a interferência de um sobre o outro, em justa medida, para que se evite a rejeitável concentração e se expurgue eventuais excessos que porventura venham a ser cometidos.

Entre os órgãos do Poder Judiciário figura o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a quem foi entregue, por leis infraconstitucionais, a prerrogativa de editar resoluções para regulamentar a legislação eleitoral. Diante da imprescindível harmonia no exercício das atribuições apregoadas ao Estado, faz-se imperioso analisar como se tem dado o exercício dessa competência e, sobretudo, se não há violação do princípio da separação de poderes quando da sua efetiva prática.

Pelo que se observará durante a exposição, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em diversas ocasiões, impingiu obrigações e criou sanções diversas daquelas previstas em lei. Em especial, o presente texto pretende analisar a Resolução n.º 23.389, de 09 de abril de 2013 (BRASIL, 2013a), que dispôs sobre o número de membros da Câmara dos Deputados, das Assembleias e da Câmara Legislativa, para as eleições de 2014, matéria de conteúdo nitidamente constitucional.

Sendo o TSE um órgão que não exerce, por função típica, a de legislar, é necessário averiguar se essa delegação normativa poderia lhe conferir tamanho poder. Afinal, como pontifica Mauro Cappelletti, há, em todo ato de interpretar, certo grau de discricionariedade, mas não se pode confundir as possibilidades de escolha do intérprete com total liberdade. Não se mostra razoável aceitar a concepção de que o direito seja criado pela atividade interpretativa de tribunais judiciários. (CAPPELLETTI, 1999, p. 21–24).

O Congresso Nacional entendeu que a referida resolução extrapolou os limites da competência normativa do TSE, tendo editado o Decreto Legislativo n.º 424, de 2013 (BRASIL, 2013b), para sustar seus efeitos, do mesmo modo como ocorre com os decretos do Poder Executivo que também se excedem, consoante lhe autoriza o art. 49 V, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a).

Ocorre, entretanto, que o referido decreto legislativo foi submetido a controle de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (ADC

n.º 33/2014), que acabou por declará-lo inconstitucional, fato que fez revelar a inexistência de controle fora do Judiciário para os atos normativos que venham a ser produzidos no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

Pretende-se, pois, identificar se essa competência do TSE viola a teoria da separação de poderes. Para tanto, o presente capítulo exporá em linhas gerais a referida teoria, bem como os contornos desse poder normativo atribuído pelo Código Eleitoral (BRASIL, 2015b) e pela Lei das Eleições (BRASIL, 2015c) ao Tribunal Superior Eleitoral, para, em seguida, apresentar crítica ao seu manejo, tendo como pressuposto a técnica da separação de poderes, com os fins que lhe são caros, com enfoque na referida Resolução n.º 23.389/2013 (BRASIL, 2013a).

## **1. A TÉCNICA DE SEPARAÇÃO DE PODERES**

No curso da história, é possível observar a existência de sistemas que permitiram a concentração absoluta de poder nas mãos de um déspota, além de descentralizações administrativas (algumas tímidas, outras mais arraigadas, com atribuição de funções estatais a órgãos diversos), a depender de cada contexto e das características do Estado e de seu povo.

O Estado moderno demandou a existência da separação do exercício do poder em órgãos distintos em dado estágio de sua evolução e por motivo de ordem política: a necessidade de superação de um “absolutismo monárquico” para um “liberalismo constitucionalista democratizante” (SALDANHA, 2010, p. 138).

A preocupação histórica do ocidente em separar poderes se concentrou nos pensadores político-liberais, a partir do século XVII, com o viés de superação das ideias e práticas mantenedoras de governos tirânicos, que concentravam as funções e os privilégios nas mãos de um ou de alguns, normalmente monarcas, detentores de títulos nobiliárquicos e clérigos. E o momento demandava uma reorganização do Estado, ante as notórias mudanças sociais e econômicas ocorridas. A teoria de separação de poderes passa a ser um dos alicerces do liberalismo político, ante a possibilidade concreta de alteração contundente, na forma absolutista de governo até então empregada.

No século XVIII, com a notória ascensão da burguesia, o ambiente político se mostrou favorável à absorção das teses liberais que enfrentavam a concentração de poder e outorgavam à propriedade o *status* de direito individual inviolável. A

então tirania dos monarcas já não encontrava espaço entre o povo, insatisfeito com os privilégios exacerbados, em detrimento daqueles que não viviam do ócio.

Segundo a doutrina liberal da época, o Estado concentrador de poder seria o fantasma que atemorizava o indivíduo e confrontava sua liberdade. Diante da suposta antítese entre a “liberdade do indivíduo” e o “absolutismo do monarca” é que se fundamentou a criação do que veio a se chamar de “Estado de Direito”. A burguesia, até então classe dominada, apoderou-se da teoria liberal para despertar a consciência política do povo contra a decadente monarquia absoluta, submersa em privilégios que não mais condiziam com a realidade social. Os abusos cometidos pelo então governo permitiram a sua superação por um Estado de cunho constitucional, amparado na tripartição de suas funções em órgãos distintos e independentes (BONAVIDES, 1961).

A mais conhecida sistematização de uma teoria de “separação de poderes” foi editada na obra *Do espírito das leis*<sup>1</sup>, de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, pensador liberal que também certamente detinha como um de seus desideratos a superação do absolutismo. Assim como Locke (1998), Montesquieu (1997) só imagina haver liberdade com a existência de leis que pudessem limitar o próprio exercício do poder. Inexistiria a liberdade se um senado ou um monarca estabelecessem leis tirânicas para execução a seu próprio modo e, muito menos, se o poder jurisdicional estivesse ligado aos outros dois.<sup>2</sup> “Para que não se possa abusar do poder é preciso que [...] o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1997).

A originalidade do pensamento de Montesquieu se encontra na atribuição de independência ao Judiciário, apesar de se encontrar limitado ao julgamento de demandas oriundas de cidadãos — sem qualquer possibilidade de interferência nos demais poderes, além da atuação do Legislativo e do Executivo em verdadeiro regime cooperativo — um servindo como contrapeso do outro.

O Federalista James Madison, em especial, absorveu a teoria do referido pensador francês, enunciando que: onde ‘todo’ o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam o ‘todo’ o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 395). Do pensamento de Alexander

---

1 Primeira edição em 1748.

2 “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade.” (MONTESQUIEU, 1997, p. 202).

Hamilton (1984), por sua vez, extrai-se uma clara defesa do Poder Judiciário, o qual, dada a natureza de suas funções, seria sempre o menos perigoso dos poderes. Argumenta, inclusive, que tal poder não preponderaria sobre os demais, uma vez que, ao sustar atos inconstitucionais, o estaria fazendo em obediência à expressa delegação da Constituição, a qual seria a representação do poder do povo, que figuraria acima de todos os demais poderes.

A grande preocupação de todos os pensadores da época, como até então se pode verificar, é construir suas teses em torno de um necessário controle do poder, para evitar seus abusos em prejuízo da sociedade e das liberdades individuais.<sup>3</sup>

No Brasil, a separação de funções no Estado Brasileiro se fez presente como princípio desde a Carta Imperial de 1824<sup>4</sup> (BRASIL, 2002a), consolidada na Constituição de 1891 (BRASIL, 2002b), embora tenha havido certas interrupções, como na Revolução de 1930, na qual o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930 (BRASIL, 2002b), estabeleceu o governo provisório de Getúlio Vargas e dissolveu o Congresso Nacional, atribuindo-se ao presidente o conjunto das funções de Estado, inclusive a judiciária, quanto aos atos advindos do próprio Poder Executivo. As demais Constituições (a partir de 1934) retomaram a estrutura da Constituição de 1891, cada uma com suas particularidades.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a), por fim, contemplou a teoria em seu artigo 2º, instituindo-a como cláusula pétrea<sup>5</sup>, tamanha a sua relevância para a estabilidade democrática que se pretendia. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se apresentam como independentes, mas harmônicos entre si, e exercem funções típicas e outras que lhe são alheias, mas com o claro ideal de engrandecimento da pretendida coordenação entre eles.

Pelo que se observa, toda a construção da técnica de separação de poderes se deu para garantir o exercício do poder com temperamentos, dentro da estrutura constitucional estabelecida, evitando os abusos inerentes aos déspotas. E a interferência de um poder sobre o outro, em certa medida, acaba por fortalecer

---

3 A ideia de organizar essas três funções do Estado, em poderes diversos, foi adotada na Constituição da Virgínia, datada de 1776, seguida pela norte-americana, de 1787 e, após, na própria França, em 1791, seguindo-se a diversos outros estados nacionais até então.

4 Não se pode olvidar da existência do Poder Moderador, que acabava por envilecer a técnica de separação de poderes, apesar de formalmente existente.

5 Art. 60, §4º, III, da CF/88.

a harmonia que se busca, tangenciando os excessos, que porventura pudessem ser cometidos se não houvesse mecanismos de controle externo, por outro poder. O Legislativo julga as contas do Executivo, que pode, contudo, socorrer-se do Judiciário, se praticada alguma ilegalidade por aquele. Se o Presidente da República editar um decreto, em descompasso com seu poder regulamentar, pode ter o Legislativo sustando sua eficácia por meio de um decreto, assim como as medidas provisórias também a ele se submetam, para devida aprovação e conversão (ou não) em lei. Entretanto, parece que tal sintonia se distorce quando o assunto diz respeito às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que detêm, na prática, eficácia de lei, mas não se submetem a qualquer controle por outro poder da república, salvo pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2. O PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

As Leis n.º 4.737, de 15 de junho de 1965 (BRASIL, 2015b), e n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 2015c), conferem ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a prerrogativa de trazer instruções destinadas a regular a legislação eleitoral, desde que não se restrinjam direitos ou se estabeleçam sanções diversas daquelas já previstas em lei<sup>6</sup>. Percebe-se, pois, que o próprio Poder Legislativo, por intermédio de leis, atribuiu ao TSE a função de editar atos com força normativa para, de modo secundário, regulamentar a legislação eleitoral.

Esse poder regulamentar vem sendo exercitado pelo TSE mediante a edição de resoluções, que configuram função “quase legislativa”, cujo desiderato seria resolver litígios para os quais inexista previsão legal, geral e abstrata, segundo o entendimento de Torquato Jardim (1998, p. 46). *A mens legis* não parece ser esta, contudo; a solução de litígios deve ocorrer pela via de uma decisão judicial, não pela edição de uma resolução que venha a traçar diretrizes que se despartem dos textos legais insertos no ordenamento jurídico. A função regulamentar deve ser, tão só secundária, para trazer as instruções necessárias à aplicação prática da lei eleitoral.

6 Art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 4.737, de 15 de junho de 1965 (Código Eleitoral), que se combina com o art. 23, IX, do mesmo diploma legal, além do art. 105, da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições).

Apesar de ostentarem eficácia de lei ordinária federal<sup>7</sup>, não se pode dizer que resoluções são efetivamente leis em sentido formal, pois não emanam de função legislativa, apenas de atividade administrativa, de caráter normativo (CLÈVE, 2000, p. 55). É, por assim dizer, mera “atividade meio” do Tribunal, para que possa organizar as eleições e o exercício dos direitos políticos dentro das conjunturas que a realidade prática lhe apresenta.<sup>8</sup> Não lhe foi entregue o poder originário de elaboração legislativa.

Embora a legislação, nitidamente, prescreva tão só esse caráter regulamentar às resoluções, observa-se que o referido Tribunal acaba editando enunciados normativos de caráter geral, abstrato e inovador, inclusive com restrição a direitos e indicação de penalidades à margem da legislação, sob o argumento de que, além de regulamentar a lei, seu “poder normativo” compreenderia a possibilidade de trazer sentido capaz de compatibilizar as normas com o sistema no qual se insere<sup>9</sup>.

Na definição de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 170), regulamento é ato administrativo, com caráter normativo, que se destina a “especificar os mandamentos da lei ou de prever situações ainda por ela não disciplinadas, emitida por órgãos ou agentes no exercício de função não legislativa”. Quiçá se valendo desse conceito de “regulamento”, o TSE vem editando atos, com nítido objetivo, de não só suprir as abstratas lacunas pontuais da lei, mas de criar propriamente legislação onde não há. Sua função regulamentar, no entanto, não lhe confere, como já dito, o poder de inovação na ordem jurídica, uma vez que as leis que lhe outorgaram o poder foram claras ao estabelecer uma função meramente instrumental, retirando qualquer possibilidade de criação de sanções ou obrigações já não prescritas em lei.

É fato que as leis não conseguem positivar todas as situações passíveis de ocorrer na prática e nem sempre trazem os detalhes necessários à sua fiel aplicação. Mas essa circunstância não confere à Corte Eleitoral, na esteira da

---

7 Assim o próprio TSE definiu, a partir do julgamento do Recurso n.º 1.943/RS, Rel. Min. Pedro Paulo Penna e Costa, em 10/7/1952.

8 Quaisquer dos ministros podem propor a elaboração de resoluções. É também comum que estas decorram da atividade consultiva que detém o Tribunal. Já que não decorrem do Poder Jurisdicional, elas são discutidas e votadas em sessão administrativa, realizada entre os ministros do TSE. O *quorum* de aprovação é de maioria simples, pelo que se depreende da interpretação do art. 93, X, da CF/88.

9 Resolução do TSE n.º 12.867.



autorização dada pelo Código Eleitoral e pela Lei das Eleições, poder ilimitado para transformar seus casos concretos em regras gerais do Direito.

Não se pode cogitar da possibilidade de 7 (sete) ministros terem poder de decisão política acerca das regras do processo eleitoral, enquanto há um Congresso eleito para tal fim, sujeito a um colegiado numeroso e eleito pelo voto popular.

O Poder Judiciário não ostenta membros eleitos para a função típica de legislar, nem deve a sociedade esperar que assim o façam, uma vez que não representam a vontade do povo, mas sim, uma espécie de extensão desta ao dirimir as eventuais demandas que lhe são remetidas, na forma como prescreve a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a). E não se diga que a desconfiança do cidadão sobre o legislador poderia justificar uma ingerência de um poder sobre o outro, o que poderia redundar em perigoso precedente contra o Estado Democrático de Direito.

No exercício de um poder normativo, o Judiciário pode criar verdadeiros juízos de exceção às regras definidas pelo Poder Legislativo, fruto da vontade de um diminuto colegiado de técnicos do Direito. Afinal, por mais que pareça paradoxal, o problema da justiça, muito mais do que o problema da regra, é o problema da exceção. E ainda que o problema supostamente estivesse na regra, não se poderia ter certeza, pois a margem entre justiça e certeza é exatamente aquela que separa a regra da exceção (CARNELUTTI et. al., 2003).

Pelo que se percebe, o controle constitucional sobre as resoluções dá-se dentro do próprio Judiciário, o que demanda a coexistência de limites claros ao exercício dessa função dita regulamentar, quiçá além daqueles já previstos no art. 1º, parágrafo único, do Código Eleitoral<sup>10</sup> (BRASIL, 2015b) e no caput do art. 105<sup>11</sup>, da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) (BRASIL, 2015c), sob pena de se violar premissas básicas do Estado Democrático de Direito.

Nos termos do já referido art. 105, da Lei das Eleições (BRASIL, 2015c), com a redação dada pela Lei n.º 12.034/2009, as resoluções do Tribunal

---

10 Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado (BRASIL, 2015a).

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

11 Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos (BRASIL, 2015b).

Superior Eleitoral devem ser editadas até o dia 5 de março do ano eleitoral, com fins de atender ao caráter regulamentar ínsito a elas. O TSE, até a citada data, poderá emitir resoluções de caráter secundário, expedindo todas as instruções necessárias para a fiel execução da lei eleitoral.<sup>12</sup> As eleições serão sistematizadas, de acordo com a legislação já posta, interpretando-a, se necessário for. Para tanto, o próprio, e já citado art. 105, estabeleceu que o TSE deve, previamente, ouvir em audiência pública os delegados ou representantes dos partidos políticos, o que, por lógica, não tirará sua autonomia em expedir as resoluções que entender pertinentes.

Por mais que estejam expressos os limites, o Tribunal Superior Eleitoral nem sempre os respeita, em franco atentado ao princípio da separação de poderes, ocasionando um desequilíbrio que não interessa ao Estado Democrático de Direito.

### **3. A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS E A RESOLUÇÃO N.º 23.389, DE 09 DE ABRIL DE 2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

A repartição das funções do Estado, na Constituição Republicana Brasileira de 1988 (BRASIL, 2015a), foi prevista em seus artigos 2º e 60, §4º, III, na condição de cláusula pétrea, ou seja, é imodificável pela via do constituinte derivado, tamanha a sua relevância.

Ao Poder Judiciário foi incumbida a função jurisdicional, que se traduz na interpretação e aplicação de normas, quando provocado, para pacificação social. O Legislativo recebeu a função precípua de legislar, de captar os costumes e anseios da sociedade, de modo a editar normas coercitivas, gerais, impessoais e abstratas, além de fiscalizar os demais poderes. Ao Executivo compete o poder de gerenciar, para administrar o patrimônio público em prol do povo. Vê-se, claramente, a intenção em se repartir os poderes do Estado, atribuindo-se, ainda, uma série de outras funções tidas por atípicas, de modo a que cada um funcione como freio ou contrapeso do outro.

---

<sup>12</sup> Caso apresente caráter primário, deve respeitar o princípio da anualidade eleitoral, previsto no art. 16, da CF/88.

Logo, a tripartição das funções estatais não se apresenta de forma intangível, posto que é intrínseco ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) uma certa mistura para a própria sobrevivência do todo estatal. Impossível cogitar-se, em um Estado Democrático de Direito, de uma função totalmente isolada do conjunto, inclusive porque todo poder deve emanar do povo, como reza o parágrafo único do art. 1º, da Constituição Federal vigente. Faz-se necessária a existência de certo entrosamento entre os executores das funções estatais, sem que isso macule plenamente a independência funcional de cada um dos entes políticos, para que se possa dar efetividade ao sistema.

O poder de editar resoluções por parte do Tribunal Superior Eleitoral não envilece as funções do Poder Legislativo, nem lhe extirpa a legitimidade traduzida pelo povo, porque a lei é a principal fonte do Direito brasileiro, fruto de sua origem romano-germânica.

Não se está negando no presente estudo, portanto, a importância da existência de funções atípicas no seio da distribuição dos poderes, muito menos a relevância da função regulamentar do TSE. Todavia, o Poder Judiciário não pode afanar, e de forma contundente, a função legislativa para si sem que exista a possibilidade de controle. Afinal, como disse Locke (1998, p. 513), “não pode o legislativo transferir o poder de elaborar leis para outras mãos, pois, não sendo ele senão um poder delegado pelo povo, aqueles que o detêm não podem transmiti-lo a outros.”

Mas foi o que exatamente ocorreu, dentre inúmeras outras hipóteses, quando o TSE editou a Resolução n.º 23.389, de nove de abril de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 27 de maio de 2013 (BRASIL, 2013a), na qual se definiu o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmaras Legislativas para as eleições de 2014. Ora, por meio de Resolução, o TSE estipulou algo que demandava Lei Complementar Federal, conforme clara e taxativamente expressa o art. 45, §1º, da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup> (BRASIL, 2015a). Além da flagrante inconstitucionalidade formal, a matéria,

---

13 Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. (grifo nosso).

afeta ao Direito Constitucional, também não poderia ser deliberada pelo referido Tribunal Superior, posto só deter a prerrogativa de regulamentar legislação eleitoral. Em outras palavras, não detinha o TSE a mínima competência para deliberar sobre o tema, mas o fez. Subtraiu-se função que seria privativa do Congresso Nacional.

Diante de tal fato, o então Deputado Federal Leonardo Gadelha (PSC–PB) apresentou projeto de Decreto Legislativo propondo a sustação dos efeitos da referida resolução, fundamentando-se exatamente na cabal violação à Constituição Federal, perpetrada pelo TSE, justamente para que se zelasse pela preservação da competência legislativa “em face da atribuição normativa de outros poderes”, como entoa o art. 49, XI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a).

O Congresso Nacional deliberou pela aprovação do projeto, tendo editado o Decreto Legislativo n.º 424, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, de 05 de dezembro de 2013 (BRASIL, 2013b), em que sustava, expressamente, os efeitos da malsinada Resolução do TSE.

Entretanto, contra o referido Decreto Legislativo foi apresentada a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 33, relatada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, em razão da qual o Supremo Tribunal Federal o declarou inconstitucional, sob o argumento de que a CF/88 não teria previsto a possibilidade de sustação de ato do Poder Judiciário, embora seja possível fazê-lo em relação àqueles que venham a ser editados pelo Executivo. Parece um julgamento de conveniência, posto que os Ministros poderiam, por mera interpretação combinada dos arts. 2º e 49, V e XI, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a), chegar à conclusão de que o decreto legislativo seria meio legítimo, a ser utilizado, para sustar atos normativos do Poder Judiciário que viessem a extrapolar limites constitucionais ou legais. O STF, ao decidir pela inconstitucionalidade, reservou para si a competência exclusiva do controle dos atos normativos editados pelos próprios órgãos do Judiciário, em clara discrepância com o desiderato da técnica de separação de poderes.

O STF também recebeu seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade atacando a referida Resolução (ADIs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130) e, desta vez, julgou adequadamente pela desconformidade constitucional daquela. A maioria dos Ministros entendeu, na ocasião do julgamento, que essa competência, de fato, não teria sido delegada ao Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a invasão de competência própria do Congresso. Ressaltou-se,

inclusive, que por se tratar de matéria que demanda lei complementar, sequer seria passível uma delegação, ex vi do artigo 68, parágrafo 1º, da CF/88. Além disso, a eventual omissão normativa só poderia ser suprida pelo Judiciário por provocação, via Mandado de Injunção, jamais de ofício e por meio de uma resolução do TSE.

Não obstante a clareza da Constituição Federal, de 1988, houve quem divergisse nesse julgamento, a exemplo dos Ministros Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Dias Toffoli, sob o argumento de que o TSE apenas estaria cumprindo com a regra do referido parágrafo primeiro do art. 45 (BRASIL, 2015a) e que tal atitude não surrupiaria a possibilidade de o Congresso Nacional editar a Lei Complementar. Ora, com o devido respeito aos referidos Ministros, a técnica de separação de poderes já seria suficiente a rechaçar seus argumentos.

Embora tenha o STF declarado a inconstitucionalidade da resolução em referência, é importante que dito controle não se dê tão somente no âmbito do próprio Poder Judiciário, fato que corporificaria uma concentração de poder que representa clara violação ao postulado da técnica de separação de poderes. Afinal, a “experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar”, de modo que, para “que não se possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” (MONTESQUIEU, 1997, p. 200). Caso a referida Corte não houvesse declarado a inconstitucionalidade, precisaria o Congresso Nacional se mobilizar na elaboração de uma Lei Complementar para superar o que sete técnicos do Direito deliberaram como já fez em relação a outras resoluções do TSE que não foram declaradas inconstitucionais.

A atividade regulamentar do TSE não pode servir à criação inovadora do Direito, uma vez que a competência que recebeu não lhe confere tal poder. Deve como estabelece a própria legislação eleitoral já referida, trazer instrumentos para a sua fiel aplicação, o que implica interpretação das normas existentes e empregar naquilo que é necessário para o bom desenvolvimento das eleições e ao exercício dos direitos políticos.

Por mais que existam releituras dos postulados de Montesquieu, a permitir, inclusive, a possibilidade de se acolher um maior pluralismo nas fontes de produção normativa, parece não ser crível, contudo, atribuir ao Tribunal Superior Eleitoral, órgão integrado por tão só 7 (sete) ministros, a condição de legislar sem que sequer exista um controle externo específico sobre tal função.

Pensar em sentido contrário é admitir que pudesse o TSE, ad referendum do Supremo Tribunal Federal, criar o direito, como o tem feito, submetendo como alternativa de controle ao Legislativo a edição às pressas de lei ou mesmo de emenda à Constituição para tentar frear a sanha do Judiciário. Assim ocorreu, v.g., com a Resolução do TSE de n.º 20.993, de 11 de abril de 2002 (BRASIL, 2002 d), pela qual se vedou a existência de coligações diversas nos níveis estaduais e nacionais.<sup>14</sup> Dita resolução foi submetida ao controle do Supremo Tribunal Federal por força de Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>15</sup>, o qual entendeu não se tratar de norma de caráter inovador, mas, sim, uma mera interpretação do art. 6º, da Lei das Eleições. Dado o insucesso no STF, o Congresso apressou-se para aprovar uma Emenda à Constituição, no afã de conferir liberdade aos partidos para estabelecerem suas coligações dentro de suas respectivas conveniências políticas, em todas as circunscrições. Promulgou-se, então, a Emenda Constitucional n.º 52, de 08 de março de 2006 (BRASIL, 2015 d), que deu nova redação ao parágrafo primeiro, do art. 17, da Constituição Federal (BRASIL, 2015a).

Logo, a possibilidade de se admitir novas fontes diretas ao Direito não pode descambar em uma desarmonia do ordenamento posto, dada a sujeição a arbítrios da Corte Eleitoral, integrada por sete juízes, frente a um Congresso múltiplo, que beira os seiscentos membros, todos eleitos diretamente pelo povo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A técnica de separação de poderes em órgãos distintos na estrutura do Estado integrou a teoria política liberal, sob a regência da defesa das liberdades individuais frente a governos que se mostravam tirânicos. Por mais que se tenha registro da separação de funções, desde a antiguidade clássica, Locke e Montesquieu, seguidos pelos Federalistas e por tantos outros, conseguiram enraizar a teoria, dando-lhe contornos de ordem prática que até hoje sustentam a organização da maioria dos estados nacionais.

---

14 Não poderiam os partidos firmar coligações nos Estados que discrepassem com aquelas instituídas para a concorrência ao cargo de presidente e vice da república.

15 ADI's 2626/DF e 2628/DF.

A divisão das forças políticas, como se demonstrou, tinha por finalidade principal a concretização de um controle do poder pelo próprio poder, de modo que cada um servisse de contrapeso ao outro. A ideia não era de separá-los em absoluto, mas de compor uma estrutura bem coordenada, para o bom exercício dos desígnios do Estado, corporificado como verdadeira representação do contrato social.

O Brasil acolheu a teoria da separação de poderes, não obstante ter oscilado por períodos em que houve um controle do Poder Executivo sobre os demais<sup>16</sup>. A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a) consolidou o seu acolhimento e ainda lhe atribuiu o *status* de cláusula pétrea. E em todo o texto constitucional se verifica a existência de funções típicas e atípicas aos poderes do Estado, além de um emaranhamento de funções, a bem do próprio funcionamento da máquina pública.

Pelo que se verificou, a função regulamentar à legislação eleitoral vem redundando em típica atividade legislativa, e o seu controle tem ocorrido tão somente perante o Supremo Tribunal Federal, órgão que integra a estrutura do Poder Judiciário e que mantém membros simultaneamente no Tribunal Superior Eleitoral, o que atesta a inexistência de controle de poder por outro poder. Inexiste um controle externo<sup>17</sup> à atividade do TSE, ainda que este esteja a extrapolar os limites que lhe foram impostos pelo art. 105 da Lei das Eleições (BRASIL, 2015c).

Desse modo, é imperiosa a criação de novos mecanismos de controle da atividade verdadeiramente normativa que tem sido exercitada pelo Tribunal Superior Eleitoral, a exemplo do que já se faz com os regulamentos expedidos pelo Executivo, que se sujeitam ao controle do Congresso, o qual pode sustar seus efeitos quando se extrapolar o seu desiderato, por intermédio de decreto legislativo, na forma disposta no art. 49, V, da Constituição Federal de 1988.<sup>18</sup> (BRASIL, 2015a).

---

16 Notadamente na Constituição Imperial de 1824, além do período revolucionário de 1930 a 1934 e durante o Estado Novo.

17 Entendido como aquele realizado por outro poder da república.

18 Art. 49, da CF/88: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V — sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 out. 2015a.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2015b.

BRASIL. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2015c.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc52.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc52.htm)>. Acesso em: 02 out. 2015d.

BRASIL. Resolução do TSE n.º 23.389, **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 09 abr. de 2013a.

BRASIL. Decreto Legislativo n.º 424, **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 05 dez. de 2013b.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. v. VIII. Brasília: Senado Federal, 2002 a.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 22 de fevereiro de 1891. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. v. VIII. Brasília: Senado Federal, 2002b.

BRASIL. Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. v. VIII. Brasília: Senado Federal, 2002c.



BRASIL. Resolução do TSE n.º 20.993, **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 11 abr. de 2002d.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. et al. **A Morte do Direito**. Adaptação e tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SALDANHA, Nelson. **Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.



O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM  
DEFICIÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL:  
UM PROJETO INACABADO

---

*Fernanda Mesquita Serva*

*Jefferson Aparecido Dias*



## INTRODUÇÃO

O direito à educação foi tratado de forma especial pelo texto constitucional de 1988, que o incluiu entre os direitos sociais fundamentais (art. 6º), além de dedicar seção específica ao tema, a qual inaugura com o preceito que estabelece a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família.

Além disso, vários são os preceitos dedicados ao tema, inclusive quanto à competência legislativa para criar normas em defesa do acesso à educação.

Nesse aspecto, importante destacar que os preceitos que tratam do direito à educação devem ser interpretados em conjunto com o art. 5º da Constituição, bem como dos demais preceitos que impõem que os direitos devem ser garantidos a todos, sem distinção de qualquer natureza, a fim de que seja garantido de forma universal.

Tal universalidade, porém, não deve ser concebida como sendo um ponto de partida, mas um ponto de chegada, uma situação que somente será atingida se medidas práticas e concretas forem adotadas para a sua efetivação.

No presente trabalho, o foco desse atendimento universal será nas pessoas com deficiência e que tem o seu direito de acesso à educação garantido, não apenas pela Constituição, mas por vários outros instrumentos normativos que, expressamente, trazem preceitos que visam respaldar seus direitos. Dentre tais normas, merece destaque a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, inserida no ordenamento jurídico brasileiro, com status constitucional, por meio do Decreto nº 6.949, de 25/08/2009.

Feitas as análises sobre o direito à educação e de sua garantia para as pessoas com deficiência, o texto se dedicará a analisar o custo das medidas necessárias para a promoção de uma educação inclusiva, em especial nas instituições particulares de ensino. Nessas instituições, atualmente, prevalece o entendimento de que os custos não poderão ser repassados para a pessoa com deficiência, uma vez que tal postura poderia inviabilizar o seu acesso à educação.

A solução tem sido o rateio dos custos entre todos os alunos, a partir da aplicação do princípio da solidariedade, o que não tem sido suficiente para atender, de forma adequada, as pessoas com deficiência, e o seu direito de acesso à educação continua como um projeto inacabado, em que pesem os inúmeros instrumentos constitucionais e legais postos à sua disposição.

Ao final, é apresentada uma proposta de atuação, que visa garantir às instituições privadas de ensino compensar, com os tributos devidos, os valores investidos em educação inclusiva, de forma assemelhada ao que ocorre atualmente com o PROUNI.

## **1. DIREITO À EDUCAÇÃO**

O direito à educação foi tratado de forma diferenciada pela Constituição Federal de 1988 que— além de incluí-lo, expressamente, entre o rol de direitos sociais fundamentais previstos no art. 6º “São direitos sociais: a educação ...”, ainda lhe dedicou vários outros preceitos.

Assim, dentre as competências legislativas privativas da União está a de legislar sobre as “*diretrizes e bases da educação nacional*” (inciso XXIV, do art. 22) e, no rol de competências legislativas concorrentes entre União, Estados e Municípios, está a de legislar sobre educação (art. 24, IX).

Além de ser mencionada em outros preceitos, a educação foi tratada de forma específica nos arts. 205 a 214, da Seção I, do Capítulo III, da Constituição, o qual trata “*Da educação, da Cultura e do Desporto*”. Iniciando tal Seção, o art. 205 afirma que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Com base em tal mandamento constitucional, o direito de acesso à educação foi concebido a partir de uma visão universalista (NOVELINO, 2015, p. 899):

A educação, enquanto direito de todos e dever do Estado e da família, é baseada no princípio da universalidade, cabendo ao Estado a tarefa de torná-la efetiva mediante a implementação das garantias previstas no artigo 208. Este princípio encontra diversas concretizações no texto constitucional, inclusive no que se refere ao ensino, como pode ser verificado no dispositivo que impõe aos poderes públicos ações que conduzam à universalização do atendimento escolar (CF, art. 214, II).

Tal universalismo deve ser concebido não como sendo um ponto de partida, típico dos ensinamentos dos que consideram os direitos humanos como produtos naturais (que decorrem da própria natureza humana), mas um universalismo de chegada, ou seja, um mandamento para que o Estado atue de forma a permitir que todas as pessoas, efetivamente, tenham acesso à educação, independentemente de suas condições e características pessoais. Neste sentido defende Joaquín Herrera Flores (2009, p. 160–161; 163):

A racionalidade formal culmina em um tipo de prática universalista que poderíamos qualificar de universalismo de partida ou “a priori”, um preconceito ao qual deve se adaptar toda a realidade. Todos temos direitos pelo simples fato de ter nascido. Mas com que direitos se nasce? Qual é sua hierarquia interna e quais são as condições sociais de sua aplicação e interpretação? Esses são assuntos que não correspondem à visão abstrata, ou, em outras palavras, são assuntos que estão descontextualizados dos direitos. Ao sair do contexto, o formalismo precisa criar uma nova realidade cujos componentes deixam de ser meras abstrações linguísticas para se converterem em coisas.

[...]

Por isso, nossa visão complexa dos direitos aposta em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que se possa chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que não aceitamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal, há que se chegar — universalismo de chegada ou de confluência — depois (não antes) de um processo de luta discursivo, de diálogo ou de confrontação em que se rompem os preconceitos e as linhas paralelas.

Assim, ao usar a expressão “direito de todos”, o texto constitucional impõe que sejam adotadas medidas para que a educação seja acessível, de forma universal, para todas as pessoas, independentemente de sua classe social, gênero, cor, orientação sexual etc. Assim, o art. 205 deve ser analisado, em conjunto com o caput do art. 5º, da própria Constituição, o qual impõe esse tratamento plenamente igualitário, sem distinção de qualquer natureza. Além disso, tal conclusão fica ainda mais clara quando se analisam os princípios que, segundo

o art. 206, devem nortear o oferecimento do ensino. Nesse sentido, o inciso I, do mencionado artigo define como um dos princípios do ensino, a “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”.

Tal princípio, como todo mandato de otimização, deve ser cumprido em seu maior grau possível (ALEXY, 1993, p. 86). Apesar disso, porém, ele ainda está muito distante de ser plenamente aplicado na realidade brasileira, pois, apesar da redução da desigualdade no acesso à educação, ainda prevalecem situações diferentes, se for levada em consideração, a título de exemplo, a cor (CHARÃO, 2016):

Nas últimas duas décadas, políticas públicas de natureza diversa, adotadas em diferentes níveis de governo, têm sido capazes de impulsionar a construção das bases da igualdade. Indicadores socioeconômicos de toda ordem mostram uma melhoria nas condições de vida da população negra, bem como no acesso a serviços e direitos. Nesse período, homens e mulheres negras viram sua renda, expectativa de vida e acesso à educação — para citar apenas os componentes do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) — avançarem de forma mais acelerada do que as da população branca.

[...]

Na área da educação, por exemplo, é possível comemorar as reduções das diferenças entre negros e brancos em relação ao número de anos de estudo formal ou nos índices de analfabetismo. A taxa de analfabetismo em 1992 era de 10,6% para brancos e 25,7% para negros; em 2009, 5,94% para brancos e 13,42% para negros. Nesse período, embora tenha caído a desigualdade, a taxa dos negros permaneceu mais que duas vezes maior que a taxa da população branca, de acordo com dados do IBGE compilados pelo Ipea.

Se em relação à cor, a diferença do exercício do acesso ao direito à educação vem diminuindo, não se pode dizer o mesmo no caso da pessoa com deficiência, uma vez que o grau de diferença é ainda muito grande. Neste sentido (BRANDÃO; BEZERRA, 2012, p. 210) nos diz:

A história da educação brasileira foi, constantemente, marcada pela segregação de um ou mais segmentos sociais que eram considerados inferiores pelos mais diversos motivos. Dentre esses segmentos merece



destaque o grupo formado pelas pessoas com deficiência, que nunca tiveram suas necessidades educativas atendidas satisfatoriamente pelo sistema de ensino regular do Brasil. Situação que perdura até os dias atuais e que representa grande desafio para o nosso sistema educacional.

Essa diferença de atendimento dispensado às pessoas com deficiência, no que diz respeito ao acesso à educação, ocorre, apesar de existir todo um aparato internacional, constitucional e legal a amparar os seus direitos, o que se verá a seguir.

## **2. DIREITO À EDUCAÇÃO E DEFICIÊNCIA**

Vigora no Brasil um enorme aparato normativo que garante os direitos das pessoas com deficiência, inclusive o que diz respeito ao acesso igualitário à educação. Tais normas são de âmbito local, mas também internacional, uma vez que o país é signatário de vários Tratados e Convenções Internacionais relacionados ao tema.

Um dos documentos mais importantes sobre o tema é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que promove, protege e assegura, de maneira incisiva e categórica, os direitos das pessoas com deficiência. Ela foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, aprovado nos moldes do procedimento previsto do §3º, do art. 5º da Constituição Federal<sup>1</sup>, ou seja, o seu texto tem o status de emenda constitucional e, com isso, equivale aos direitos fundamentais trazidos pela própria Constituição.

No preâmbulo da mencionada Convenção, merecem destaque os seguintes preceitos:

Preâmbulo

Os Estados Partes da presente Convenção,

[...]

---

<sup>1</sup> §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

h) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,

[...]

k) Preocupados com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo,

[...]

A partir desta e de outras constatações indicativas de que o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, apesar de garantido, não é pleno, a Convenção estabelece como seu propósito:

#### Artigo 1

##### Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Além disso, ela também prevê como sendo os seus princípios gerais norteadores, dentre outros:

#### Artigo 3

##### Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;

c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

[...]

e) A igualdade de oportunidades;

f) A acessibilidade;

Ainda, estabelece como obrigações dos Estados Partes, dentre outras, as seguintes:

#### Artigo 4

##### Obrigações gerais

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;

b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;

c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;

d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;

e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada;

[...]

3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

Além dos mencionados preceitos, merecem destaque, ainda, alguns dispositivos da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada em 08 de junho de 1999 e inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 3.956/2001, que em seu art. 1º determina que ela “...será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”:

### Artigo III

Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a:

1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;”

Como se vê, a educação é expressamente mencionada como um dos campos nos quais os Estados Partes deverão atuar para eliminar toda e qualquer forma de discriminação, com o objetivo de garantir o pleno exercício deste que é um dos mais importantes direitos dos seres humanos.

O exercício de tal direito de acesso não discriminatório à educação pelas pessoas com deficiência, contudo, encontra vários obstáculos, dentre os quais o preconceito, pois alguns ainda acreditam que o melhor para as pessoas com

deficiência é serem acolhidas por escolas especiais (NUNES; SAIA; TAVARES, 2015, p. 1108–1109):

No decorrer do século XX, a partir da institucionalização da escolaridade obrigatória e do reconhecimento de incapacidade da escola de responder pelo aprendizado de todos os alunos, criaram-se, então, as salas especiais dentro de escolas regulares, para onde os alunos considerados com dificuldade de aprendizado eram encaminhados. Sobretudo após as duas guerras mundiais, houve a proliferação das salas e escolas especiais.

Essa proliferação das escolas especiais partiu da premissa da necessidade de integração das pessoas com deficiência, ou seja, o desenvolvimento de mecanismos que permitam que elas se adaptem às instituições sociais e à vida em sociedade.

A partir da Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais de 1994, ocorrida em Salamanca, na Espanha, ocorreu uma mudança de paradigma, pois já não se falava em integração, mas sim de inclusão. Já não são as pessoas com deficiência que precisam se adequar às instituições, mas sim estas que precisam se ajustar às necessidades das pessoas com deficiência. Nesse sentido (NUNES; SAIA; TAVARES, 2015, p. 1109) ressalta:

Na integração, a pessoa com deficiência deve se adaptar às instituições sociais, buscando se equiparar aos chamados normais. Já na proposta da inclusão, são as instituições e demais espaços sociais que devem se adaptar e buscar, de fato, atender e se adaptar às pessoas com deficiência.

[...]

A Declaração de Salamanca ajudou a expandir o conceito de necessidades educativas especiais para todo aquele que precisasse da adaptação da escola, para que suas necessidades fossem atendidas e a escolarização, assim, pudesse se encaminhar.

Nesse sentido, a educação inclusiva nos lembra que não apenas os alunos com deficiência têm sofrido dificuldades de inserção nos espaços escolares. É a partir desse marco que a educação inclusiva vai se popularizando, partindo sim da educação especial, mas vislumbrando uma nova concepção de educação: a escola precisa incluir não apenas os “especiais”, mas todos os alunos.

Apesar dessa orientação para a educação inclusiva, a realidade ainda é marcada por grande preconceito em relação às pessoas com deficiência, motivado, muitas vezes, pela falta de preparo dos profissionais envolvidos no binômio ensino-aprendizagem (BRANDÃO; BEZERRA, 2012, p. 211):

Nos dias atuais, vivenciamos, nas escolas, uma realidade de professores despreparados e preconceituosos, materiais didáticos rudimentares, estruturas arcaicas e constante delegação de responsabilidade. Também, não são raros os episódios de recusa dos alunos com necessidades educativas especiais pelas escolas regulares, mesmo existindo a determinação constitucional explicitada pelo inciso III do artigo 208 da Constituição Federal de 1988.

Essa inclusão das pessoas com deficiências nas escolas, porém, além do preconceito já mencionado, ainda tem que superar o custo das medidas a serem adotadas para adaptar as instituições às pessoas, tema central do presente texto e que será analisado no próximo item.

### **3. O CUSTO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA**

Além das concepções culturais suscitadas para não se implantar, ampla e definitivamente, a educação inclusiva, outro obstáculo, normalmente alegado, diz respeito ao custo da inclusão da pessoa com deficiência na escola.

Nesse sentido, é certo que para que uma pessoa com deficiência tenha a possibilidade de pleno acesso à educação são necessárias algumas mudanças nas escolas, até mesmo em sua concepção arquitetônica.

Assim, durante a construção ou reforma dos prédios das escolas, deverão ser respeitadas as regras de acessibilidade arquitetônica, o que permitirá que pessoas que se utilizam de cadeira de rodas ou tenham a mobilidade reduzida, tenham a possibilidade de ingressar nas salas de aulas e em todas as demais dependências da escola, não apenas na qualidade de aluno, mas, também, como professor, diretor, funcionário etc.

Os obstáculos, porém, não são apenas arquitetônicos pois, muitas vezes, não basta que as edificações sejam construídas ou adaptadas a partir de regras de acessibilidade, sendo necessária a adoção de novas medidas para que a escola seja efetivamente “acessível”.

Assim, no caso de pessoa com deficiência auditiva, mas que se comunica por meio de Libras (Língua Brasileira de Sinais), a plena acessibilidade se dará quando a escola disponibiliza um tradutor de Libras para acompanhar o aluno (ou alunos) em todas as suas atividades escolares, além de desenvolver, nos demais alunos, a possibilidade de também se comunicarem em Libras, pois somente assim a pessoa com deficiência poderá exercer plenamente o seu direito à educação.

No caso das escolas públicas, os custos da adoção de tais medidas de acessibilidade, evidentemente, deverão ser suportados pelo Poder Público, que arcará tanto com os valores necessários para a construção das obras de acessibilidade arquitetônica, quanto para o pagamento do profissional encarregado pela tradução em Libras para o aluno com deficiência.

A resposta, porém, não é tão evidente no caso das escolas particulares, uma vez que os custos das adaptações arquitetônicas necessárias, bem como dos demais serviços oferecidos para garantir o pleno acesso à educação, para pessoas com deficiência, deverá ser suportado por alguém.

Inicialmente, importante deixar claro que não se imagina, neste aspecto, que a própria escola arcará com tais custos, uma vez que, mesmo que ela não busque lucro, como uma entidade sem fins lucrativos, é evidente que ela não sobreviverá se enfrentar seguidos resultados negativos, decorrentes de prejuízo.

Descartada, assim, a possibilidade da própria escola arcar com os custos das obras e serviços de acessibilidade, uma primeira possibilidade seria imputá-los à própria pessoa com deficiência, o que, evidentemente, poderá representar um obstáculo intransponível para que ela, efetivamente, exerça o seu direito à educação.

Partindo de tal premissa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015), em seu art. 28, §1º, expressamente vedou que as escolas cobrem qualquer valor adicional das pessoas com deficiência por serviços disponibilizados para que elas possam exercer o seu direito à educação:

§1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Dentre os incisos acima mencionados, que tratam sobre a acessibilidade, destacam-se:

- I. sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
- II. aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;
- III. projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;
- IV. adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;
- V. pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;
- VI. planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;
- VII. participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;
- VIII. adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;
- IX. adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;



- X. formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;
- XI. oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;
- XII. acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;
- XIII. inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;
- XIV. acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;
- XV. acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;
- XVI. oferta de profissionais de apoio escolar;
- XVII. articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

Com esse dispositivo legal, o que era implícito se tornou expreso. A escola não pode cobrar da pessoa com deficiência os custos adicionais, relacionados às medidas que tenha adotado, para garantir o pleno exercício do seu direito à educação.

Inconformado com tais preceitos legais, o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de Santa Catarina (SINEPE-SC) ingressou com uma ação ordinária (nº 5025075-13.2015.4.04.7200/SC) em face da União (Fazenda Nacional) e obteve decisão favorável, a partir da qual estaria autorizado a repassar, para as pessoas com deficiência, os custos das medidas adotadas, a fim de garantir o seu pleno exercício ao direito de acesso à educação. O dispositivo da liminar concedida determinou (BRASIL, 2015a):

Ante o exposto: 01. Presentes os requisitos legais, nos termos dos fundamentos defiro em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Em consequência: (A) suspendo, até o trânsito em julgado desta

demanda, a eficácia da expressão “sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”, constante do §1º do art. 28 da Lei 13.146/2015 e, por arrastamento, o inciso I do art. 8º da Lei 7.853/89, mantendo intacto todo o remanescente do ordenamento em vigor (B) em decorrência do disposto na alínea “(A)”, autorizo que as instituições particulares, mais especificamente as instituições de ensino superior, compreendidas no sistema de ensino da UNIÃO (art. 16, II, da Lei 9.394/96), definam um preço de anuidade escolar especificamente às pessoas com deficiência, integrando no quantum o custo do apoio pedagógico especializado, e outro preço de anuidade escolar aos demais consumidores, composto apenas das despesas ordinárias do serviço educacional, sem prejuízo da plena observância dos comandos contidos na Lei 9.870/99. 02. Cite-se. Apresentada a contestação, abra-se vista à parte autora para a réplica. Após, intimem-se as partes para, querendo, requeiram, no prazo de 10 (dez) dias, provas que pretendam produzir indicando suas finalidades. Requerido, voltem para saneador ( caso contrário, para sentença.

A referida liminar não perdurou por muito tempo, pois, em 03 de março de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região suspendeu os seus efeitos (BRASIL, 2015c), baseando a sua decisão naquela proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, em 20 de novembro de 2015, ao indeferir o pedido de liminar apresentado na ADIN nº 5357/DF.

Segundo o Ministro do Supremo, a inclusão buscada pelo Estatuto mencionado, não é apenas da pessoa com deficiência, mas de toda a sociedade (BRASIL, 2015b):

A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via.

Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade — de pessoas, credos, ideologias, etc. — é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade.

Afastada a possibilidade de os custos das adaptações necessárias para o pleno acesso ao direito à educação serem cobrados diretamente da pessoa com deficiência e, ainda, diante da premissa já esboçada de que não se pode esperar que eles sejam suportados pelas instituições de ensino privadas, sejam elas com ou sem fins lucrativos, a solução sugerida é que tais custos sejam compartilhados por todos os alunos, em homenagem ao princípio da solidariedade que, segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 5), deve ser assim conceituado:

Antes de ser princípio jurídico, a solidariedade é também virtude ético-teologal. Muitos, aliás, a entendem apenas sob este significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estoicas e cristãs, principalmente as do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem “todos filhos do mesmo Pai”, deviam considerar-se como irmãos. A noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade — época dos primeiros documentos de declaração de direitos — quando estavam na ordem do dia as idéias assistencialistas, postas em prática por meio da caridade e da filantropia. Não é difícil perceber a congruência entre os valores modernos — expressos nas grandes codificações, em especial no Code Civil francês de 1804 — e os ideais de caridade como emblema máxima da solidariedade oitocentista. Naquele universo, era o Código Civil que fazia as vezes de Constituição, estabelecendo as “regras do jogo” e propiciando, através delas, plena liberdade àquele que representava o valor fundamental da época liberal: o indivíduo livre e igual, submetido apenas à sua própria vontade.

A partir da aplicação do princípio da solidariedade, os custos das adaptações necessárias para que as pessoas com deficiência possam exercer o seu direito à educação deverão ser suportados por todos os alunos, mediante o rateio dos valores nas mensalidades. Assim, o custo adicional, que inviabilizaria o exercício do direito à educação, se for repassado para a mensalidade do aluno com deficiência, deve ser diluído no valor de todas as mensalidades de um determinado curso ou instituição.

O problema de tal solução é que ela pode ser vítima de seu próprio sucesso, pois se ela conseguir aumentar o número de pessoas com deficiência na escola, o custo das mensalidades pode subir excessivamente e se tornar inacessível a todos.

Imagine-se, a título de exemplo, que determinada instituição de ensino adote todas as medidas para se tornar acessível para pessoas com deficiência e, com isso, veja crescer vertiginosamente o seu número de alunos que dependam de adaptações para exercer o direito à educação.

Essa situação fará aumentar o valor das mensalidades de todos os alunos e parte deles pode preferir estudar em outra escola, não tão preocupada com a inclusão de pessoas com deficiência, que oferecerá cursos com mensalidades de valor inferior.

Com isso, a primeira instituição, defensora das pessoas com deficiência, poderá ser obrigada a abandonar a sua política de inclusão ou buscar outras formas de financiamento, além das mensalidades escolares.

Nesse sentido, a solução pode estar no desenvolvimento de uma política pública que permita às instituições de ensino compensarem os valores investidos em programas de inclusão, com os valores devidos a título de tributos, como ocorre de certa forma, atualmente, com o Programa Universidade para Todos (PROUNI), programa do Ministério da Educação criado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que concede bolsas de estudo integrais e parciais de 50% em instituições privadas de educação superior, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, a estudantes brasileiros sem diploma de nível superior.

Com a adoção desta solução, os custos das adaptações necessárias, para que as pessoas com deficiência exerçam o seu direito de acesso à educação, não seriam divididos apenas entre os alunos deste ou daquele curso, ou mesmo desta ou daquela instituição de ensino, mas sim, por todas as pessoas que, em tese, são as destinatárias finais dos tributos arrecadados.

Tal postura não sobrecarregaria os demais alunos e impediria que fosse despertado neles um sentimento de repulsa ou aversão em face da pessoa com deficiência, que poderia ser tida como a responsável pelo aumento do valor das mensalidades, no caso de ela ser a única fonte de financiamento para as adaptações necessárias para tornar a escola acessível.

Além disso, o financiamento pelo Poder Público permitiria uma plena inclusão de todos e não apenas das pessoas com deficiência, pois toda a sociedade, de certa forma, estaria envolvida nessa nova sistemática de educação inclusiva, seja compartilhando a sala de aula com a pessoa com deficiência, seja permitindo a aplicação dos valores referentes a tributos, em uma política de acessibilidade e inclusão.

## CONCLUSÃO

Como se demonstrou no presente artigo, a Constituição Federal de 1988 foi generosa no reconhecimento de direitos, dentre eles o da educação, garantindo-o a todos e impondo-o como dever do Estado e da família.

Reconhecido como um direito social extensível a todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, o direito à educação tem experimentado um processo de concretização, o que tem feito diminuir as práticas discriminatórias e aumentar o seu pleno exercício por um grupo cada vez maior de pessoas.

Essa ampliação no acesso à educação, porém, ainda não atingiu muitas pessoas com deficiência, as quais enfrentam várias dificuldades para ver reconhecido o seu direito à educação, cujo exercício é, frequentemente, obstado pela imposição de obstáculos intransponíveis.

Um desses obstáculos são os custos das adaptações necessárias para tornar acessíveis as instituições de ensino, os quais, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não poderão ser repassados para a pessoa com deficiência que pretenda exercer o direito que lhe é garantido constitucionalmente.

A solução que tem sido adotada é o rateio dos custos de tais adaptações, entre todos os alunos, por meio da aplicação do princípio da solidariedade, postura que foi chancelada pelo Poder Judiciário, conforme se demonstrou.

O risco de tal solução, contudo, é que ela seja inviabilizada pelo seu próprio sucesso, pois o incremento do número de alunos com deficiência pode fazer com que o valor das mensalidades se torne proibitivo para todos.

A solução defendida nesse texto é que seja adotada uma nova política pública que permita às instituições de ensino compensarem os custos das adaptações necessárias para o pleno acesso à educação das pessoas com deficiência, com os valores devidos, a título de tributos, como ocorre atualmente com o PROUNI.

A adoção dessa medida poderá fazer com que todas as pessoas participem, de certa forma, desse processo de inclusão social, que deverá resultar no pleno acesso à educação para as pessoas com deficiência.

Claro que o propósito de tal texto não é esgotar o tema em debate, mas sim permitir que novas propostas sejam apresentadas para garantir uma educação inclusiva, uma vez que as medidas até então adotadas, lamentavelmente, ainda não surtiram os efeitos desejados e o pleno acesso à educação ainda é um sonho distante para muitas pessoas com deficiência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca; BEZERRA, Adriano Aparecido. A formação de docentes inclusivos: um desafio para a educação brasileira. **Estudos**, v. 16, p. 209–228, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/126868>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **DOU**, de 09 out. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **DOU**, de 26 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária de Santa Catarina. 2ª Vara Federal de Florianópolis. Ação Ordinária (Procedimento Comum Ordinário) nº 502507513.2015.4.04.7200/SC. Alcides Vettorazzi, Juiz Federal. Decisão: 11 dez. 2015 (a), 13:21:53. Disponível em: <[https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=721449837349763740210000000001&evento=721449837349763740210000000001&key=37d536e4402755402d9486df0768de4f0c0b58d0ccd28f466d-3cae42658c0813](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721449837349763740210000000001&evento=721449837349763740210000000001&key=37d536e4402755402d9486df0768de4f0c0b58d0ccd28f466d-3cae42658c0813)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes

de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. **DOU**, de 14 jan. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **DOU**, de 07 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 5357/DF**. Relator Ministro Edson Fachin. Decisão: 20 nov. 2015 (b). Disponível em: <[file:///C:/Users/Jeferson/Downloads/texto\\_308194577%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Jeferson/Downloads/texto_308194577%20(1).pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. **Agravo de instrumento nº 505301349.2015.4.04.0000/SC**, Relator Ministro Fernando Quadros da Silva. Decisão: 18 dez. 2015 (c), 18:32:54. Disponível em: <[https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41450464001511251110000000106&evento=41450464001511251110000000166&key=39986198b4ce5cdb56182cb142d8963ebef4af05each4e8174890afb606e2779](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41450464001511251110000000106&evento=41450464001511251110000000166&key=39986198b4ce5cdb56182cb142d8963ebef4af05each4e8174890afb606e2779)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CHARÃO, Cristina. **O longo combate às desigualdades raciais**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?option=com\\_content&view=article&id=711](http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?option=com_content&view=article&id=711)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. 2001. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional conforme novo CPC e EC 86/15**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Sylvia da Silveira. SAIA, Ana Lucia. TAVARES, Rosana Elizete. Educação inclusiva: entre a história, os preconceitos, a escola e a família. **Psicologia: ciência e profissão**, Brasília, v. 35, n. 4, p. 1106–1119, 2015.





NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS  
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL  
E AS TRAJETÓRIAS DOS DIREITOS  
SOCIAIS NO BRASIL: DA PRÁTICA DO  
ASSISTENCIALISMO ÀS GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS INSTITUCIONALIZADAS

---

*Gerardo Clésio Maia Arruda*

*Natália Martinuzzi Castilho*

*Raíza Fernandes Aragão*



## INTRODUÇÃO

Analisar a problemática da efetivação dos direitos sociais no Brasil exige, de um lado, a observação das relações históricas entre políticas sociais e modelos de desenvolvimento econômicos e sociais, e, de outro, a consideração dos marcos normativos importantes definidos e definidores dessas relações. O objetivo do presente artigo consiste em ressaltar alguns aspectos dessa reflexão, sob o mote da recente aprovação do Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

Para tanto, busca-se cotejar, neste artigo, as origens do conceito de bem-estar social e sua importância para a concepção de Estado e de políticas públicas, no intuito de discutir o papel dos direitos sociais na sociedade contemporânea brasileira. A crise, que havia assolado o mundo em 1970, trouxe consequências trágicas para esses modelos de Estados, dando lugar à propagação das teses neoliberais, que pregavam a figura do Estado mínimo, numa política de privatização e terceirização dos serviços públicos. Apesar dos avanços normativos conquistados, o contexto externo e interno exerceu forte pressão para que o Estado procurasse na própria sociedade civil parcerias para a execução dos chamados serviços sociais. Desta forma, o número de parcerias firmadas entre Poder Público e organizações sociais cresceu exponencialmente na década de 90.

Não obstante, inexistia, até então, uma legislação específica, homogênea e articulada, que regulasse essas relações, aplicando-se analogicamente os instrumentos jurídicos de cooperação entre os entes públicos. Diante desse quadro de instabilidade normativa, ativistas da área iniciaram um processo de luta pela aprovação do marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil – OSC's.

Com vistas a regular as parcerias entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil, a norma alberga as peculiaridades próprias dessas instituições e cria instrumentos específicos para a formalização dos contratos. Neste sentido, cabe a indagação: o Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil surge como forma de romper com processos históricos e como mecanismo capaz de eximir o Estado de responsabilidades? Tal questionamento aponta para importantes reflexões sobre o atual estágio de desconcentração e descentralização dos serviços públicos no país, no rastro de uma história recente de aprofundamento das privatizações e das transferências de atividades-fim à iniciativa privada.

## **1. TRAJETÓRIA DAS POLÍTICAS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NO BRASIL**

Identificar ações que sirvam de parâmetro para indicar em que momento o Brasil passou a adotar formas regulatórias vinculadas às políticas do Estado de bem-estar social não é uma tarefa a ser realizada a partir de uma abordagem historicamente linear, na qual as ações poder-se-iam ser apreendidas cumulativamente num processo de complementaridade, no qual seria verificado ou não uma marcha rumo a sua consolidação. Uma vez que, a depender do enfoque, a análise pode asseverar a existência, a negação ou mesmo uma combinação de ações próprias ou contrárias à política de bem-estar.

No período republicano denominado de getulismo foram desenvolvidas e implantadas ações estatais marcadamente de bem-estar; no aspecto econômico, por exemplo, verificou-se um afastamento de uma política liberal a partir de inserção do Estado como planejador e produtor; uma intervenção que buscou dotar a produção nacional de fornecimento de energia e de insumos que requeriam elevados investimentos, assim fomentando a passagem da economia assentada principalmente na agricultura e pecuária para uma economia direcionada à industrialização; no aspecto social, destaque-se a institucionalização dos direitos do trabalho. Entrementes, o que foi nesse período iniciado não avançou de forma consistente e, sobretudo, os direitos políticos foram constantemente usurpados. Isto porque a inexistência do exercício de uma democracia política ininterrupta impediu que ocorressem avanços na conquista dos direitos sociais, de tal maneira que permaneceu nos estados e municípios a prática do assistencialismo personalista, que foi se construindo e se consolidando consoante aos interesses do poder local.

A constituição de 1988 marca uma virada em termos de normatização referente aos direitos sociais. Como chama a atenção Carlos Simões (2013), a nova Carta inovou, em relação às anteriores, ao trazer a extensão e a natureza dos direitos sociais para o estatuto de centralidade dos valores constitucionais. Não se trata de mero exercício de retórica, pois os direitos sociais são ressaltados, já no Preâmbulo, como um dos valores supremos à garantia “de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. Sendo ainda destacado e explicitado noutros artigos constitucionais, salientando-se o artigo 3º, os incisos II, V, IX e X, do artigo 23; e ainda os incisos IX, X, XII, XIII, XIV e XV, do artigo 24.

Há de se reconhecer que, a partir desse marco, se verifica o desenvolvimento de políticas públicas que redundaram na diminuição do percentual de pessoas vivendo na situação de pobreza e pobreza extrema, nos últimos quinze anos (Barros; CARVALHO; FRANCO; MENDONÇA, 2006). Contudo, os estudos sobre essa temática apontam fortes inconsistências nas políticas públicas — direcionadas ao desenvolvimento de ações que tornassem a estrutura socioeconômica brasileira mais próxima — do que preconiza o ideário do bem-estar.

No período que vai dos anos 1930 a 1950, deu-se a passagem, no ocidente industrializado — do plano ideal para a realidade concreta, da social democracia como modelo de Estado — que se consolidou diante de um conservantismo liberal, que de crise em crise aprofundava a dificuldade de subsistência da maioria dos trabalhadores, desde a grande retração econômica de 1850, e se confrontava ameaçadoramente com o fascismo e o stalinismo. É nesse cenário, como afirma Alain Lipietz (1991), que se fortaleceu o pensamento desenvolvimentista, que associa a regulação do mercado, visando um progressivo aumento da produtividade e, simultaneamente, privilegia sua distribuição na forma de ganhos reais de renda assalariada também por intermédio da prestação pública de serviços direcionados à promoção da sobrevivência digna. Eis o mecanismo regulatório que dá sustentação às políticas características do Estado de bem-estar social, ao tornar concomitante o crescimento econômico com o enfrentamento perseverante da desigualdade social.

Nesse modelo, cabe ao Estado intervir nas subestruturas do mercado tencionando aplacar as crises setoriais e fomentar, através de gastos governamentais, a geração de trabalho, redução do desemprego, aumento da renda e ampliação do consumo. Em contrapartida, como afirma Gomes (2006), o Estado promove “um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal”, com o objetivo de assegurar um equilíbrio entre o progresso do mercado e um padrão de vida garantidor do acesso a bens materiais e imateriais, ou seja, mantenedor de uma cidadania em que os indivíduos, para além de um mínimo existencial, sejam protagonistas do destino da vida coletiva.

Estes fundamentos levam Bonavides (2013) a descrever o Estado Social como sendo intervencionista, mas que não chega a se confundir com o Estado socialista, embora dele se aproxime tendencialmente. Isto porque, ainda segundo Bonavides, o Estado Social orienta-se pela ordem mercantil-capitalista, mesmo que em seus princípios fundantes encontrem-se elementos promotores de

transformações estruturais concernentes à lógica de funcionamento do Estado liberal originário.

Fiori (1997), ao analisar as questões determinantes para a construção e expansão dos mais diversos tipos do Estado de bem-estar, apresenta cinco fatores que são mais frequentemente apontados nas investigações que buscam traçar suas características fundantes: (I) natureza, forma e ritmo do desenvolvimento econômico; (II) grau, intensidade e organicidade da mobilização da classe operária; (III) grau de avanço do desenvolvimento político-institucional; (IV) extensão ou impacto do efeito de difusão das inovações ocorridas nos países paradigmáticos; (V) forma peculiar e a intensidade com que se desenvolve a luta política, envolvendo os partidos que tradicionalmente representaram o mundo do trabalho.

Gonçalves (2013) esclarece que a Segunda Guerra Mundial trouxe “fragilidades que precisariam ser geridas pela via da intervenção política. Tais acontecimentos reforçam o bem-estar social como método de legitimação política e de contenção de desavenças distributivas”. Assevera ainda a autora que a população necessitava se sentir indenizada pelos prejuízos físicos e materiais causados pela guerra. Outro marco importante para o desenvolvimento da política de bem-estar no pós-guerra foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, que legou à humanidade diversos objetivos, visando a promoção do desenvolvimento humano. Esses objetivos orientaram a criação de grande parte dos sistemas modernos de seguridade social, trazendo a ideia de que a realização do bem-estar seria um direito social, compondo o conceito de cidadania (Benevides, 2011).

Nos vinte anos do pós-guerra, a concepção de proteção social imperou nas nações capitalistas. Mas o Estado do Bem-Estar Social apresentou sinais de esgotamento, já em meados dos anos 1970. Após as crises de petróleo em 1973 e 1975, segundo Perry Anderson (1995), a economia ocidental capitalista entrou num período de “estagflação”, em que o crescimento econômico mundial se situou num patamar próximo de zero e assistiu a um crescimento generalizado dos preços das mercadorias. Tais condições favoreceram a adoção de “projetos neoliberais de reforma do Estado, não só nos países do centro, mas também nos países da periferia” (Gonçalves, 2013). Dentre os argumentos levantados para justificar a mudança na trajetória da organização socioeconômica mundial, Moraes (2002) destaca os seguintes: “incapacidade do Estado de promover o desenvolvimento econômico; controlar os ciclos de crescimento e recessão;

gerir eficientemente as relações interclasses (as políticas de renda e de bem-estar social, em particular)”.

Segundo Fiori (1997), as teses neoconservadoras estão na base dos projetos neoliberais de reforma dos Estados e findaram “atingindo em cheio” os Estados do Bem-Estar Social, desacelerando sua expansão ou desativando muitos de seus programas. Enfim, em busca de uma alternativa à crise, os adeptos do neoliberalismo defenderam uma gradativa privatização dos serviços públicos, com o objetivo de desonerar despesas estatais. Assim, recrudescceu a ideia da necessidade de se repassar para o setor privado a incumbência de realizar o bem-estar. Na visão de Fiori (1997), dos anos 1970 a 1990, se assistiu a uma cadeia de acontecimentos que abalou, aparentemente de forma definitiva, como originariamente formulada, os pilares do Estado de bem-estar, que se viu forçado a programar as reformas na sua dinâmica de atuação.

Nesse cenário, e na contramão do percurso traçado pelos países desenvolvidos, o Brasil iniciou em 1988 o reconhecimento da seguridade social como política pública. A Constituição Federal de 1988 trouxe notória importância à assistência social, e, no âmbito infraconstitucional, as Leis Orgânicas da Saúde, Previdência e Assistência Social foram sucessivamente aprovadas nos primeiros anos da década de 90. Ante o empreendimento dessas ações, cabe a seguinte questão: teria o Brasil instaurado um Estado de bem-estar social a partir de 1988? Para alguns juristas e estudiosos, a resposta para essa indagação é negativa. Sposati (2002), por exemplo, define o Brasil como um país de regulação social tardia, pois, segundo a autora, é um país em que “os direitos sociais foram legalmente reconhecidos no último quartel do século XX e cujo reconhecimento legal não significa que estejam sendo efetivados, isto é, podem continuar a ser direitos de papel que não passam nem pelas institucionalidades, nem pelos orçamentos públicos”. A autora explicita mais detalhadamente seu argumento ao discutir os reflexos das conquistas sociais após o advento do movimento neoliberal:

A conquista do direito social supõe um pacto entre Sociedade-Mercado-Estado sob a égide da universalização da cidadania. Nos países de regulação social tardia, o impacto neoliberal se traduz pela fragilidade desse pacto ou até mesmo pela sua inexistência, já que a cultura de direitos sociais é substituída por ações sociais e não, propriamente, por políticas sociais públicas duradouras. Elas se transformam em programas de governos, com isto desmanchando “a possibilidade” da “responsabilidade pública” efetiva. Chamo atenção para o conceito

de desmanche da possibilidade e não da condição real já alcançada. A cultura política privatista, reforçada pelo neoliberalismo, exerce forte impacto em países latino-americanos com baixo reconhecimento histórico de direitos sociais, provocando não uma ausência de “políticas sociais”, ou seu desmanche, mas uma forma de regulação que distancia a relação entre política social e direito social. (SPOSATI, 2002, p. 6).

Behring e Boschetti (2011), em sintonia com os autores já citados, relatam essa cultura de privatização que também ocorreu no Brasil, mesmo após a Constituição de 1988, impossibilitando o prescrito pelo texto constitucional:

[...] a trajetória recente das políticas sociais brasileiras, profundamente conectadas à política econômica monetarista e de duro reajuste fiscal, enveredou pelos caminhos da privatização, para os que podem pagar da focalização/seletividade e políticas pobres para os pobres, e da descentralização, vista como desconcentração e desresponsabilização do Estado, apesar das inovações de 1988. Essa escolha da política econômica, conjugada àquele perfil da política social, teve impactos deletérios na sociedade brasileira, radicalizando e dramatizando as expressões objetivas da questão social (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 184).

Tem-se, então, que no Brasil a adoção de políticas consolidadoras de um Estado de bem-estar social foi freada em suas possibilidades transformadoras da estrutura socioeconômica. Apesar dos avanços normativo-jurídicos verificados nas últimas décadas, estes não se concretizaram em políticas públicas capazes de identificar um Estado de Bem-Estar Social. Não resta dúvida que se verificou redução de pobreza e pobreza extrema no Brasil nas duas últimas décadas. As pesquisas e estudos quantitativos e qualitativos têm apontado a ocorrência de alterações positivas na estrutura social brasileira e em variáveis, diretamente relacionadas à melhoria das condições de vida dos segmentos populacionais de mais baixa renda (BARROS; CARVALHO; FRANCO; MENDONÇA, 2006). Entretanto, é preciso enfrentar a discussão acerca da sustentabilidade dessa melhoria estatisticamente verificável, uma vez que é notória a falta de integralidade dos direitos sociais constitucionalizados.

Yazbek (2012), ao proceder a uma crítica às formas de enfrentamento da pobreza no Brasil nos anos 1990, salienta que o olhar que apreende esse fenômeno — como resultado da questão social — necessariamente o situa como resultado do processo de acumulação capitalista, e, contemporaneamente, na



lógica de funcionamento do grande capital financeiro que, em última instância, orienta os interesses do capital produtivo e das políticas públicas. No Brasil, a abordagem da política social, sob a influência do ideário neoliberal, delineou a característica de seletividade de atuação nas situações extremas, de tal modo que as ações compensatórias se direcionam para os mais pobres entre os pobres. Verificou-se, então, que os anos 1990 inauguraram um tipo de política social que se define pela subordinação ao econômico, por se constituir numa nova filantropia, estrategicamente executada a partir de ações focadas, que não contribui para a politização dos beneficiários. Assim, secundarizam-se a políticas universalistas e colocam-se num primeiro plano os programas focados na redução da pobreza e da pobreza extrema. Reduz-se a utopia da equidade social à ética da sobrevivência nos limites do mínimo existencial, o que cria a ilusão da garantia da promoção da dignidade.

## **2. NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E O DESENVOLVIMENTO DAS POLÍTICAS DE PROTEÇÃO SOCIAL**

Considera-se que, a partir de 1988, novos instrumentos normativos, passo a passo, lograram êxito em incorporar os princípios de universalidade e integralidade das políticas sociais, estabelecidos a partir da Constituição Federal. Entretanto, conforme Miotto e Nogueira (2013), no campo institucional, os ideais universalistas e igualitários na área dos direitos sociais foram drasticamente reduzidos e substituídos pela necessidade de centralização das políticas de assistência às populações vulneráveis e de risco social — nos termos prescritos pelas agências mundiais de fomento e financiamento — devido à crise mundial das economias capitalistas ocidentais<sup>1</sup>.

---

1 Observam-se, neste período, as tensões advindas da incompatibilidade entre direitos e políticas sociais e os novos marcos da acumulação capitalista. A redefinição desses dos sistemas de política social, apesar da formulação, em 1993, da Lei Orgânica da Assistência Social, dá-se basicamente a partir das pressões advindas do modelo neoliberal. De acordo com Yazbek (2012, p. 306), a partir de 2001 o governo FHC estabelece por meio de contrato direto junto ao Banco Internacional de Desenvolvimento (BID), uma “rede de proteção social”, que introduz ações setoriais e seletivas, voltadas para os segmentos mais vulneráveis da população, “(...) com destaque para a expansão do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil — Peti, criado em 1996, para o Programa Nacional

Com características seletivas e compensatórias, conforme Lonardoni, Gimenes, Santos e Nozabielli (2006), as políticas sociais voltam a contar, igualmente, com o resgate de formatos de redes de filantropia, entidades comunitárias, financiamento empresarial e da cooperação internacional (Mestriner, 2011), em um processo de transferência de responsabilidades do Estado para as organizações da sociedade civil. Esse processo resultou na explosão de surgimento de diversas organizações não governamentais, de acordo com dados apontados pela Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais – ABONG na publicação “Ação das ONGs no Brasil — Perguntas e Respostas”.

Tal crescimento condiz, igualmente, com a tendência de redução do estado, de acordo com a transferência da consecução dos serviços públicos para as organizações da sociedade civil. De acordo com Damião (2013), a reforma administrativa, implementada por Fernando Henrique Cardoso, em 1995, consubstancia tal projeto, por intermédio das privatizações e das parcerias com o setor privado, para a realização de atividades entendidas como não exclusivas.

A forte queda nos aportes financeiros da cooperação internacional, no final da década de 1990, acelerou um processo de refluxo no funcionamento das organizações. Enquanto a sobrevivência de várias organizações não governamentais responsáveis pelo exercício de políticas sociais encontrava-se, e ainda se encontra, seriamente ameaçada, novas fontes de fomento passaram a ser impulsionadas, sobremaneira em forma de cooperação com o poder público<sup>2</sup>. Dada a ausência de regulamentação dos procedimentos para concessão e controle das transferências de recursos do orçamento público para ONGs, de acordo com a diversidade de funções e da natureza dos serviços prestados em diversos tipos de regime com o poder público, a ocorrência de ilícitos tornou-se lugar comum, em especial a partir dos anos 2000. Aos poucos, os escândalos envolvendo repasse de recursos tornaram-se recorrentes na mídia nacional.

---

de Renda Mínima vinculada à Educação — Bolsa-Escola, o Programa Bolsa Alimentação, o Agente Jovem e um pouco mais tarde o Auxílio Gás (2002).”

2 O histórico, de 2001 a 2006, aponta um aumento progressivo no número de ONGs apoiadas pelo governo. Por ano, cerca de duzentas entidades foram acrescentadas à lista das que receberam recursos públicos federais (TELES e OLINDA, 2006:1). Em 2006, até 21 de novembro, 4.536 entidades já teriam sido beneficiadas (SHINODA e KLEBER, 2006:1). De acordo com o relatório sobre as contas do governo da república de 2006, elaborado pelo Tribunal de Contas da União – TCU (BRASIL, 2007:233), o governo federal transferiu, em média, R\$ 2 bilhões por ano a essas entidades, no período de 2001 a 2006 (CARVALHO NETO, 2009).

Diante da ausência de parâmetros legais bem definidos, no ano de 2010, os principais atores dessa luta uniram-se na Plataforma por um Novo Marco Regulatório para as OSCs, que reuniu mais de 50 mil organizações, movimentos sociais e redes para discutir e cobrar a criação de um arcabouço legal (ABONG, 2014). O projeto de Lei, ao ser aprovado no Senado em dezembro de 2013, foi enviado para a Câmara, onde tramitou como PL 7168/2014, apensado ao PL 3877/2004 (CÁRITAS BRASILEIRA, 2014). Após tramitação, em 31 de julho de 2014, o Projeto de Lei foi sancionado pela Presidenta da República e publicado no Diário Oficial, transformando-se na Lei nº 13.019.

Intitulada como marco regulatório das ONGs, a nova lei prevê um conjunto de normas específicas reguladoras das parcerias entre o poder público e as organizações da sociedade civil, reconhecendo as peculiaridades das instituições privadas sem fins lucrativos ao criar mecanismos próprios para essas parcerias. O instrumento inaugura uma série de mecanismos importantes, no intuito de materializar os princípios constitucionais da Administração Pública, inscritos no caput do art. 37 da Constituição Federal. Tem-se, como exemplo, a exigência de chamamento público obrigatório, que evita o favorecimento de grupos específicos e a escolha de entidades sem preparo técnico ou estrutura para o cumprimento dos projetos.

Outra comentada modificação foi a criação de um instrumento jurídico próprio para a celebração das parcerias, para além dos convênios<sup>3</sup>. A lei prevê dois tipos de instrumentos criados especialmente para reger as relações entre o Poder Público e as OSCs, quais sejam o termo de colaboração e o termo de fomento. O primeiro formaliza parcerias estabelecidas pela administração pública, com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, nos termos do art. 2º da referida lei. O segundo institui as parcerias estabelecidas pela administração pública, com organizações da sociedade civil, também selecionadas por meio de chamamento público, para

---

3 Atualmente, o convênio é o instrumento jurídico mais utilizado para as relações entre as organizações da sociedade civil e o Poder Público. No entanto, ele foi criado inicialmente para regular as relações entre entes do governo federal e entes estaduais e municipais. A sua aplicação para as parcerias com organizações, muitas vezes, trata as OSCs como se fossem estados ou municípios, apesar da sua natureza jurídica de direito privado. A criação de instrumentos jurídicos específicos para as relações de parceria com as organizações contribui para que se reconheçam as suas peculiaridades, evitando analogias indevidas com os entes federados e a aplicação de regras inadequadas. Com esta mudança, substituiu-se a utilização do convênio como instrumento de parceria com entidades privadas sem fins lucrativos, ficando este restrito às parcerias entre entes federados, como era seu propósito original.

a consecução de finalidades de interesse público, propostas pelas organizações da sociedade civil. Segundo Lopes (2013, p. 8), ambos são “[...] negócio jurídico bilateral e oneroso, estabelecido entre Administração Pública Federal e entidades privadas sem fins lucrativos”. Ainda na visão da autora, enquanto nos convênios as organizações da sociedade civil são tratadas como mandatárias dos repasses públicos — para a realização de políticas públicas descentralizadas — nos termos de fomento e de colaboração, as instituições são consideradas parceiras do Poder Público na consecução do interesse público.

A norma estabelece fluxos importantes no que tange à garantia de maior transparência: determina que o Poder Público forneça manuais específicos acerca das normas de prestação de contas, quando da celebração das parcerias, informando e publicando em meios oficiais de comunicação possíveis alterações no conteúdo dos manuais. As prestações de contas deverão detalhar, pormenorizadamente, quais são os documentos comprobatórios do andamento ou da execução do objeto segundo pactuado, as metas alcançadas e os resultados esperados, bem como “deverá vir acompanhada dos relatórios de execução financeira e de execução do projeto, além de se valer dos relatórios de visitas físicas e de monitoramento e de avaliação” (SUGIURA, 2014). Outra positiva modificação da lei, segundo informações do sítio da ABONG, consiste na previsão de que, as organizações ou os dirigentes, que tenham praticado ilícitos ou burlado as diretrizes para a realização das parcerias, fiquem impedidos de celebrar qualquer modalidade de parceria, nos termos do art. 39 da lei.

A necessidade de atender as especificidades das organizações da sociedade civil em suas parcerias com o poder público, aliadas à dimensão estruturante da alteração normativa, refletiu-se por intermédio da Medida Provisória nº 658/14, posteriormente convertida na Lei nº 13.102/15, que ampliou a *vacatio* da referida lei. Em que pesem os avanços significativos do novo marco regulatório, questiona-se acerca de seu papel diante do contexto histórico referente às formas de efetivação dos direitos sociais no Brasil. À luz da abordagem realizada no primeiro momento, apesar do reconhecimento e da implementação de um sistema de proteção social, ainda existem muitas lacunas e dificuldades relativas, especialmente, à perspectiva de universalização da política social, de forma a não restringir as políticas sociais à função de combate à pobreza (YAZBEK, 2012).

Mostra-se importante problematizar, sendo assim, de que maneira o novo marco regulatório pode vir a estabelecer maior segurança jurídica aos mecanismos de fragmentação e transferência das políticas sociais à iniciativa

privada. Montaño (2002) aponta como consequências do estado neoliberal a privatização e a transferência de importantes parcelas das respostas à questão social ao mercado, quando estas são lucrativas, e à sociedade civil ou “terceiro setor”, quando estas são deficitárias.

As pesquisas de campo e debates teóricos revelam que, um grande volume de ONGs hoje existentes funciona não mais como um terceiro setor independente do Estado, mas como organizações que participam da estratégia de desresponsabilização deste sobre a pobreza gerada pela política econômica em curso, no mínimo problemática e crítica (LIMA; GENTILLI, 2014, p. 132).

O novo marco regulatório necessita ser interpretado de acordo com a complexa trajetória de implementação dos direitos sociais no Brasil. Os períodos de fortalecimento normativo — a partir da Constituição de 1988, da publicação da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993 — correspondem a contextos de implementação de políticas econômicas radicalmente opostas. O crescimento acelerado de organizações da sociedade civil, no período posterior à crise da década de 70, demonstra a transferência do papel de promoção do bem-estar social, de forma independente ou junto ao Estado, por intermédio de parcerias ou subvenções (DAMIÃO, 2013). Essa relação Estado-sociedade apesar de legítima e necessária para a construção de um Estado Democrático, por vezes pode se mostrar nociva para a consolidação das políticas sociais, pois correspondem a uma descentralização de atividades do Estado. Muitas entidades sem fins lucrativos atuam na prestação direta de serviços de assistência social ou de educação, por exemplo. A ideia de um “terceiro setor”, independente do Estado, perde cada vez mais espaço, em um processo cada vez mais intenso de desresponsabilização (LIMA; GENTILLI, 2014).

Um dos resultados desse processo consiste na terceirização de diversas atividades-fim no âmbito da Administração Pública, por meio de convênios e contratos com Organizações Sociais e OSCIPS. De acordo com Oliveira e Mânica, citados por Violin (2007), os termos de parceria são instrumentos para promoção e fortalecimento das entidades do terceiro setor, no intuito de que atuem ao lado do ente público, mas de maneira distinta, e não realizando atividades-fim, constitucionalmente definidas como de prestação direta do Poder Público.

Na linha de Montaño (2002), a política de privatização, terceirização e corte dos gastos com políticas e serviços sociais não significa apenas a retirada

parcial de funções do Estado. Representa, ao fim e ao cabo, a transferência de responsabilidades para o conjunto da sociedade, igualmente imbuída da obrigação de financiar a ação estatal, no que tange ao cumprimento dos direitos sociais.

Por um lado, a criação do Novo Marco Regulatório pode representar uma tentativa de se conferir maior transparência ao processo acelerado de desconcentração dos serviços públicos e de seu contínuo repasse à iniciativa privada — muitas vezes por meio de terceirizações ilegais — conforme já se destacou. No entanto, sua importância precisa ser interpretada e contextualizada nos termos desse mesmo processo, na medida em que não há perspectivas de rupturas com um modelo de desenvolvimento econômico e social, que estimula e incentiva uma desresponsabilização estatal paulatinamente maior.

As políticas sociais, nesse mesmo contexto, ganham um caráter ainda mais assistencialista, em sua essência, esvaziando-se a importância do papel constitucional conferido ao Estado na prestação dos serviços básicos, tais como saúde e educação. O incentivo à atuação de organizações sociais, descolado desse tipo de reflexão, pode representar um reforço ao caráter pontual e fragmentado de prestação dos serviços, já que, ainda nos termos de Montaña (2002), o terceiro setor nunca terá o alcance universal pretendido pelas políticas sociais, pois o estado, apesar de deficitário, está presente em todos os lugares. Portanto, a atuação em larga escala de organizações sociais deve ser vista de forma crítica, especialmente quando ocorre em detrimento da atividade estatal, evidenciando-se um movimento de desconcentração e de retirada do caráter público das políticas sociais, a partir de um processo de negação da perspectiva universalizante dos direitos sociais.

Isto porque, mesmo nas relações em que o Estado transfira recursos públicos, seja por intermédio de termo de fomento ou termo de colaboração, nos termos da Lei nº 13.016/2014, o Poder Público não se desonera do seu dever de prestar serviços públicos de forma direta, por intermédio de políticas públicas de cunho universal<sup>4</sup>.

---

4 O Supremo Tribunal Federal, sem alarde e cobertura da imprensa, declarou a constitucionalidade de artigos da Lei de Organizações Sociais que autorizam o Estado a "privatizar" os serviços. A inconstitucionalidade da Lei 9.637/98, sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, havia sido suscitada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista há 17 anos. Contudo, o STF entendeu pela constitucionalidade parcial da lei: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o

Importante destacar, em que pesem as críticas sobre os processos de desresponsabilização do Estado, a relevância da atuação e organização da sociedade civil, em especial em formas de incidência em rede, que suscitam processos ricos e extremamente relevantes de luta por direitos, participação social e efetiva contribuição à consolidação democrática do país.

Nesse sentido, o Novo Marco Regulatório representa igualmente uma vitória para diversos setores da sociedade civil organizada, comprometidos com plataformas fundamentais de defesa, promoção e garantia dos direitos humanos. A organização da sociedade civil mobiliza formas imprescindíveis de construção da autonomia popular e social, que não pode ser invisibilizada a partir de um conceito guarda-chuva, e que já adquiriu uma conotação pejorativa, de “terceiro setor”.

## CONCLUSÃO

O contexto de desenvolvimento dos direitos sociais no Brasil esteve intimamente ligado à luta pelo reconhecimento da assistência social enquanto política pública. O campo de atuação das primeiras organizações sociais e a predominância de instituições assistencialistas até os dias de hoje, bem

---

pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.

como os altos índices de desigualdade social e má distribuição de renda no país evidenciam que, apesar das conquistas sociais dos últimos 15 anos, em termos de superação das condições de miserabilidade da população, pouco se avançou em termos de promoção e garantia da integralidade dos direitos sociais constitucionalizados, em especial à saúde e à educação.

A emergência das organizações da sociedade civil no Brasil encontra-se intimamente relacionada à forma não institucionalizada de implementação dos direitos sociais pós-1988. As formas de desresponsabilização do Estado vieram acompanhadas, como se destacou, de procedimentos muitas vezes escusos, que potencializavam práticas políticas corrompidas. Foi por intermédio de um movimento de luta de ativistas da área, após uma série de escândalos envolvendo a transferência de recursos às organizações sociais, que a Lei nº 13.019/14 foi editada, com vistas a regular as parcerias voluntárias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, que envolvam transferência de recursos ou não, e que tenham por finalidade a execução de serviços de interesse público.

Pensada no intuito de fortalecer as organizações da sociedade civil enquanto figuras de complementaridade da atuação estatal, pois somente Poder Público possui a extensão necessária para atender ao requisito da universalidade, essencial aos direitos sociais, a Lei trouxe uma série de instrumentos relevantes no intuito de regulamentar tais parcerias, possibilitando um controle social e jurídico mais concreto e intenso.

Diante das considerações traçadas no primeiro tópico, acerca do distanciamento evidenciado entre as trajetórias brasileiras de implementação dos direitos sociais e as concepções de bem-estar social, identificadas na Constituição de 1988, capazes de empreender transformações na estrutura socioeconômica do país, é possível destacar duas reflexões importantes na análise do Novo Marco Regulatório. Em primeiro lugar, não se trata de um rompimento com as antigas e recentes estratégias de desresponsabilização do Estado, mas de uma iniciativa importante no âmbito da garantia de transparência e segurança jurídica em torno dessas transações. Em segundo, o conceito fluido do “terceiro setor” e a caracterização das múltiplas formas de privatização e terceirização ilícita dos serviços públicos não devem retirar a importância ou desvalorizar a participação da sociedade civil organizada nos processos de escolha e controle, especialmente nos processos de implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, haja vista o potencial de fortalecimento democrático que tais iniciativas podem representar.



## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 09–23. Disponível em: <<http://www.portalmodulo.com.br/userfiles/BALAN%C3%87O%20DO%20NEOLIBERALISMO.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

ABONG – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS. Entenda o PL 7.168/2014 de A a Z. ABONG. Disponível em: <<http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/08/entenda-o-mrosco-de-a-a-z1.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BARROS, Ricardo Paes de; CARVALHO, Mirela de; FRANCO, Samuel e MENDONÇA, Rosane. **Uma análise das principais causas da queda recente na desigualdade de renda brasileira**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. (Texto para discussão, n. 1203), 2006.

BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 184.

BENEVIDES, Claudia do Valle. **Um Estado de Bem-Estar Social no Brasil?** 2011. 97 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal Fluminense, Fluminense, 2011, p. 16. Disponível em: <[http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/EBES\\_no\\_Brasil\\_\\_2\\_dissertacao\\_benevides.pdf](http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/EBES_no_Brasil__2_dissertacao_benevides.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2015.

CÁRITAS BRASILEIRA. **A luta por um novo Marco Regulatório às organizações da sociedade civil.** Cáritas. Disponível em: <<http://caritas.org.br/a-luta-por-um-novo-marco-regulatorios-as-organizacoes-da-sociedade-civil/25491>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

DAMIÃO, Valéria Aparecida Naves. Parcerias da Administração Pública com terceiro setor: obstáculos à implementação da assistência social como política pública. **III Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais: expressões socioculturais da crise do capital e as implicações para a garantia dos direitos e para o Serviço Social**, 2013, Belo Horizonte: CRESS/MG, 2013. v. 01. p. 22–34. Disponível em: <<http://www.cress-mg.org.br/arquivos/simposio/PARCERIAS%20DA%20ADMINISTRA%C3%87%C3%83O%20P%C3%9ABLICA%20COM%20TERCEIRO%20SETOR.pdf>>.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises. **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129–147, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfarestate: Estado e desenvolvimento social no Brasil. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p. 201–36, mar./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n2/v40n2a03.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

GONÇALVES, Lorena Ferraz Cordeiro. **As Políticas Públicas de Emprego e o tripartismo: desafios para a coordenação do bem-estar social no Brasil.** 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2013.

LIMA, Ana Claudia Pereira Simões; GENTILLI, Raquel de Matos Lopes. Assistência entre a proteção à dignidade humana e a desresponsabilização estatal. **SERV. SOC. REV.**, Londrina, v. 16, n. 2, p. 119–141, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/viewFile/17615/15199>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

LIPIETZ, Alain. **Audácia: uma alternativa para o século XXI.** São Paulo: Nobel, 1991.

LONARDONI, Eliana; GIMENES, Junia Garcia; SANTOS, Maria Lucia dos; NOZABIELLI, Sônia Regina. **Serviço Social em Revista**, Departamento de Serviço

Social da Universidade Estadual de Londrina. v. 8, n. 2. jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2\\_sonia.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_sonia.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2015.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo et al. Fomento e colaboração: uma nova proposta de parceria entre estado e organizações da sociedade civil. VI Congresso CONSAD de Gestão Pública, 2013. **Anais...** Distrito Federal, p. 8. Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/handle/123456789/947>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

MESTRINER, Maria Luiza. **O estado entre a filantropia e a assistência social**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MIOTO, Regina Celia Tamasso. NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Política Social e Serviço Social: os desafios da intervenção profissional. **Revista Katályses**, Florianópolis, v. 16, n. esp., p. 61–71, 2013.

MONTAÑO, Carlos E. O projeto neoliberal de resposta à “questão social” e a funcionalidade do “terceiro setor”. **Revista Lutas Sociais**, São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais (PUC–SP). v. 8, jun, 2002. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/neils/downloads/v8\\_carlos\\_montano.pdf](http://www.pucsp.br/neils/downloads/v8_carlos_montano.pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

MORAES, Reginaldo C. Reformas neoliberais e políticas públicas: hegemonia ideológica e redefinição das relações Estado-sociedade. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 23, n. 80, p. 13–24, set. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12921.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

SIMÕES, Carlos. **Teoria & crítica dos direitos sociais**: o Estado social e o Estado democrático de direito. São Paulo: Cortez, 2013.

SPOSATI, Aldaíza. Regulação social tardia: característica das políticas sociais latino-americanas na passagem entre o segundo e terceiro milênio. In: VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8–11 Oct. 2002. **Anais...** p. 1–14. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0044509.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

STF. **ADIN nº 1.923/DF**, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 16.04.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

SUGIURA, Paulo Massaru Uesugi. Marco Regulatório do Terceiro Setor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4118, 10 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32671>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, OSCIPS e demais entidades do “terceiro setor”: Estado, ordem social e privatização. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 6, n. 72, dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30859>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

YAZBEK, Maria Carmelita. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 110, p. 288–322, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n110/a05n110.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2015.

OS PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS  
DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

---

*André Augusto Malcher Meira*



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa focar de maneira específica a aplicabilidade dos princípios legais e constitucionais à recuperação judicial da empresa no ordenamento jurídico brasileiro, tentando demonstrar, de forma clara e evidente, a sua importância prática em casos e momentos processuais que, às vezes, são de difícil solução.

Falar de princípios é algo constante em diversas ciências, principalmente nas ciências sociais, como é o direito. Princípios são necessários à vida em sociedade, em qualquer plano ou papel que ela represente, entre qualquer sujeito ou pessoa, em qualquer relação que haja. Sem eles, a sociedade fica sem norte, sem ele a sociedade fica sem um fio condutor que possa balizar suas decisões, seus pensamentos, seus ideais. Contudo, na vida implícita dos princípios há um subjetivismo imenso, que dependerá da característica de cada um, dentro da realidade de cada um.

No direito, não é diferente, nem menos no direito brasileiro, de origem e raízes romanas. Aliás, o Direito Romano, em suas três fases (anterior à República, República e *Império*) deixaram, em mil anos de experiência, um legado imenso e eterno para qualquer estudioso ou legislador internacional. Dessa fonte, todo ordenamento pode, e deve beber para que nunca se esqueça de quem são seus pais.

A legislação civil brasileira sofre fortíssima influência, até os dias de hoje, da matriz romana e seus dispositivos demonstram tal fato desde o primeiro código civil de 1916, redigido pelo eminente juriconsulto cearense Clóvis Beviláqua<sup>1</sup>, que era, inclusive, filho de padre. Aliás, outro grande jurista, o baiano Teixeira de Freitas, no Império, quando redigiu o seu Esboço do Código Civil, já demonstrara a influência romano em seu belíssimo trabalho — inacabado por razões de doença — mas que já trazia a ideia de unificação do direito privado, o que só se tornou consolidado no Código Civil de 2002, ora vigente no Brasil.

Parafrazeando Platão, diríamos que enquanto a lei é o cárcere do direito, os princípios são a sua alma<sup>2</sup>. Extrair o sentimento dessa alma ao caso concreto, preocupando-se com as realidades sociais, para que se faça justiça, é o grande desafio desse importante instituto na ciência jurídica.

---

1 Assim nos ensina Silvio Meira (1990, p. 345) sobre a influência do Direito Romano no código de Beviláqua: quem lê seus estudos em defesa do projeto do Código Civil ou a edição anotada do mesmo código, depois de promulgado, as suas conferências, pareceres e escritos de toda ordem, sempre encontra, como pano de fundo, o Direito Romano.

2 Aqui, parafrazeamos a famosa máxima de Platão: *o corpo é o cárcere da alma*.

Pensar em princípios é pensar em algo que vem de dentro, do sentimento social, de dentro do ser humano, de dentro das mudanças, da convivência das pessoas e que tenta se materializar no ordenamento, através da hermenêutica. Buscar os princípios é, sobretudo, buscar ajuda no âmago da problemática, no coração, na busca do sentimento de justiça. Contudo, para cada um de nós, os princípios podem ter valoração diversa, dependendo da sua realidade. Para fulano, o princípio deve ser assim, para beltrano, o princípio deve ser assado, ou seja, dois sujeitos de realidade social e econômica distinta podem ter o mesmo princípio de valor completamente diverso. Essa é, portanto, uma das raízes do subjetivismo ao qual o tema está ligado.

No direito, não é diferente. Os princípios sejam gerais ou específicos, constitucionais ou legais e etc., ou seja, de qualquer ordem e natureza, sempre deverão ser interpretados e analisados pelos magistrados de acordo com o caso concreto.

Um dos grandes desafios é exatamente o rótulo que se coloca em alguns desses princípios de que ele, em direito, vale para tudo. Tal problemática é seríssima do ponto de vista sistemático, uma vez que o pensamento jurídico passa por uma crise de existência, em todos os ramos do direito<sup>3</sup>.

Assim, como vemos, os princípios têm uma importância imensa no plano teórico e prático, pois, sem eles, as próprias regras positivas não conseguiriam buscar ou ter valor de aplicabilidade a cada caso concreto, correndo o risco de se tornarem letras mortas, técnicas e matemáticas. O Direito Empresarial — e aí incluímos o Direito Falimentar e da Recuperação de Empresas — também tem seus princípios norteadores de seus institutos.

Aliás, o Brasil passa por uma transição importante nesse sentido, vez que há um anteprojeto de lei, tramitando no Congresso Nacional, que diz respeito ao novo Código Comercial Brasileiro<sup>4</sup>, que objetiva, entre outras coisas, remover

---

3 Aloisio Surgik explica essa crise citando Francisco Amaral, quando este ensina: o pensamento jurídico está em crise porque em crise estão as teorias jurídicas formais e racionalistas do pensamento sistemático, dominante na modernidade, principalmente no século XIX, o século das codificações. Era a época da racionalidade teórica, expressa no trabalho de construção do direito como ciência, com seus conceitos, suas regras abstratas e gerais, raciocínio lógico-dedutivo; e também na crença na superioridade absoluta da lei e na plenitude do sistema jurídico, tudo isso a traduzir uma concepção formalista e positivista do direito, típica do chamado paradigma da modernidade. Esse paradigma, no sentido de modelo ou visão do mundo, como forma de entender e explicar a realidade, defendia o primado da razão teórica e analítica no pensamento jurídico, com os resultados que lhe são inerentes, a norma como ponto de partida, o direito como um sistema de normas, e o pensamento jurídico, intencionalmente, referido a normas, com o objetivo de sua aplicação (SURGIK, 2012, p. 462).

4 Projeto de lei nº 1.572/2011, proposto pelo Deputado Federal Vicente Cândido.



do Código Civil o livro de empresa e retornar à separação das codificações — uma espécie de divórcio da unificação do direito privado — como tínhamos até 2002. Tal projeto é encabeçado por uma comissão de dezenove juristas brasileiros e é presidida pelo comercialista, Fábio Ulhôa Coelho.

Uma das grandes alterações propostas no novo código é a de que ele seja um código *principiológico*, a partir da premissa de que cada instituto, em Direito Empresarial, possui suas ramificações problemáticas na concepção e interpretação de suas exegeses<sup>5</sup>.

Na minuta do anteprojeto, que já conta com mais de mil artigos, percebe-se bem a inserção daqueles princípios que irão balizar cada temática a ser tratada. Daí normatizam-se os princípios de cada seara, fundamentando-os para que sejam a verdadeira estrada de pensamento, seguida pelo operador do direito, justamente na adequação teórica desses princípios, bem como sua pertinência operacional.

Todos os argumentos em relação aos princípios tem um só caminho: a busca por maior segurança jurídica em prol da justiça ao caso concreto. A centralização dos princípios em um sistema codificado, alocando-o como norma, traz uma maior relevância ao subjetivismo de pensamento às decisões judiciais, a fim de que não seja prejudicada a parte pelo uso (ou mau uso) da lei positiva *stricto sensu*.

Para tal, o operador do direito deverá valer-se sempre das interpretações teleológicas, sistemáticas e outras que por aí vierem, a fim de não tornar o poder estatal, dado aos magistrados, um simples faz de conta inútil, quando os mesmos se curvam ao escrito pelo legislador, numa espécie de subordinação jurídica entre o chefe e o comandado.

## 1. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O princípio da função social da empresa é um dos mais importantes no mundo moderno, uma vez que admite e reconhece a importância e a essência

---

5 O professor espanhol Eduardo de Enterría ensina que “La autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo substancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del derecho (sobre los que hemos de hablar luego), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; - sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar” (ENTERRÍA, 1986, p. 20).

da atividade empresária para a sociedade como um todo. Definitivamente, não teríamos a qualidade de vida que temos hoje sem a existência da empresa, uma vez que a mesma produz e faz circular bens e serviços necessários para as pessoas, em qualquer nível ou qualquer esfera de poder ou classe social, principalmente no mundo capitalista, sem esquecer que a empresa oferta empregos, paga impostos e faz a economia de um sistema girar. Resumidamente, sem a empresa ainda estaríamos na idade da pedra.

A expressão *função social* é algo predominante em praticamente tudo no direito. Cremos, aliás, que nada na ciência jurídica, no mundo atual, deixa de possuir uma função social: a família, o contrato, a coisa, a propriedade, a posse, o empregado, o empregador, o tributo, o meio ambiente, os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, as verbas trabalhistas, enfim, diversos conceitos que sempre trazem, em seu âmago, a tal *função social*. Com a *empresa*, não seria de outra forma.

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma amplitude ao conceito de função social e, às empresas, destaca-se o artigo 170, II, III, IV, V, VII e VIII<sup>6</sup>, quando valoriza o sistema capitalista, a oferta de empregos, a propriedade privada, a livre concorrência e a defesa das relações de consumo. O mesmo diploma legal reforça a importância do princípio, no artigo 5<sup>o</sup>, XXIII<sup>7</sup>.

---

6 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:

(...)

II. propriedade privada;

III. função social da propriedade;

IV. livre concorrência;

V. defesa do consumidor;

(...)

VII. redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII. busca do pleno emprego;

7 Art. 5<sup>o</sup> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

A tão festejada lei das sociedades anônimas<sup>8</sup> — diga-se, uma das poucas boas heranças legislativas do período militar — também normatizou a função social da empresa, em seus artigos 116, parágrafo único<sup>9</sup> e 154<sup>10</sup>.

Vê-se, portanto, que o princípio da função social às empresas centraliza seu cerne na importância da atividade empresária como um todo, em todas as suas vertentes, seja pela importância de gerar emprego e renda, seja pela importância da livre concorrência mercadológica que, de forma direta e indireta, atinge a economia e o consumidor. Agora, cabe perguntar: e a função social na recuperação judicial? Onde a encontramos?

Já dissemos da importância das empresas para o mercado e para a economia, principalmente pelo fato de que as sociedades empresárias, aglomeradas na exploração de uma atividade, sempre nos remeterão a altos investimentos e altos riscos e, conseqüentemente, a um grande capital. Daí se extrai a ideia de que as empresas — mormente os grupos de sociedade — tem maior importância na geração de emprego e renda, no pagamento de impostos, na concorrência e na propriedade privada, refletindo seu papel na sociedade civil como um todo<sup>11</sup>.

Basta analisar todos os casos de conglomerados societários e perceber que a sua *bancarrota* balançaria o mercado, atingindo os preços, as demissões em massa e a redução de giro monetário, num determinado mercado, sem falar na falta que a produção ou a circulação de referido produto, ou serviço, faria àquele determinado *nicho*.

Note-se que é comum confundir-se dois princípios interligados: o da função social da empresa e o da preservação da empresa, que veremos mais adiante. Na realidade, um puxa o outro, de forma direta, uma vez que a preservação da

8 Lei Federal nº 6.404/76.

9 Art. 116. Entende-se por acionista controlador, a pessoa, natural ou jurídica ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

(...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

10 Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

11 Fábio Konder Comparato (1995, p. 15) ensina “que foi somente na França que o legislador percebeu o fato óbvio de que a insolvabilidade de uma empresa, de interesse social, pode afetar não apenas a massa dos credores, mas também e, sobretudo o equilíbrio social e econômico da região e mesmo do país”.

empresa tem a sua função social e a função social tem a função de preservar a empresa. Contudo, suas naturezas jurídicas são distintas.

As atividades empresárias ocupam um significativo espaço no mercado, nacional e internacional. A empresa, principalmente explorada em grupo, tem essa função social alocada em uma pontuação muito mais acima do que aquela sociedade individualizada, uma vez que tem o dever de manter o meio ambiente saudável, dar condições dignas a seus trabalhadores, pagar os impostos de forma correta, não praticar crimes de qualquer natureza (principalmente os ambientais), tem o dever de arcar com suas obrigações contraídas com credores de garantia real (bancos), quirografários, bem como tem o dever de prestar uma boa relação de consumo com seus clientes, em busca de um lucro lícito, digno e justo.

Esses atributos sociais da empresa estão elencados expressamente na nova lei de falências e recuperação judicial<sup>12</sup>, dispondo que a mesma tem por objetivo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, uma vez que tal princípio foi um dos alicerces para alterar a antiga, e combalida, lei de falências e concordata<sup>13</sup>.

É importante ressaltar que a função social, juntamente com a da preservação da empresa, são os princípios mais utilizados, pelos operadores do direito, para justificar algum requerimento em juízo que não esteja elencado na lei ou que esteja, mas que se deseja aplicá-lo sob outra interpretação. Há dispositivos na legislação que sofrem ataques diários desses dois importantes princípios, como por exemplo, a obrigatoriedade de convocação da recuperação judicial em falência — em caso do não cumprimento do plano de recuperação judicial<sup>14</sup> — como veremos mais adiante.

Analisemos brevemente: imaginem uma atividade empresária em grupo de sociedades que requereu sua recuperação judicial, teve deferido o seu processamento, apresentou o plano de recuperação, e o teve aprovado pelos credores e homologado pelo juiz. Após a homologação judicial, o grupo em recuperação começa a cumprir o plano dentro dos prazos corretos com todos os seus credores. Contudo, em um dado momento, após ter cumprido 60% do plano, o grupo atrasa pela primeira vez o pagamento de um crédito e, nesse instante, esse credor que não recebeu, entra com o pedido de convocação em falência.

12 Artigos 47 e 61 §1º da Lei 11.101/2005.

13 Decreto-Lei nº 7.661/45.

14 Artigo 94, III, g) da Lei 11.101/2005.

Sobre tal assunto, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no célebre caso da VASP LINHAS AÉREAS SA, reverteu a convalidação da recuperação judicial em falência, justamente por ter identificado a função social importante fundamento para não *quebrar* o grupo societário de forma abrupta<sup>15</sup>.

Vejamos que, em caso como este, se for aplicada a regra legal, o juiz deve convalidar a recuperação em falência. O dispositivo é expresso, curto e grosso. Mas, pergunta-se: é justo falir um grupo de sociedades, que já cumpriu mais da metade do plano, conseguindo se reerguer mantendo seus empregos, pagando seus impostos, produzindo e circulando produtos e serviços, ocupando espaço no mercado e na concorrência, apenas e tão somente porque não pagou um credor na data avençada? Não seria melhor procurar indeferir o

---

15 RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.981 - SP (2011/0304000-4)

**RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA**

RECORRENTE: VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A - VASP

ADVOGADO: JOÃO BOYADJIAN E OUTRO(S)

ADVOGADOS: DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA DE MORAES RÊGO

MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA E OUTRO(S)

ARNOLDO WALD E OUTRO(S)

RECORRIDO: VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A – VASP – MASSA FALIDA

ADVOGADO: ALEXANDRE TAJRA – ADMINISTRADOR JUDICIAL

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – APROVAÇÃO DO PLANO POR COMITÊ DE CREDORES E HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL, APÓS AFERIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICA E PATRIMONIAL DA EMPRESA – ESFORÇOS DA EMPRESA RECUPERANDA EM CUMPRIR O PLANO – AJUIZAMENTO DE AÇÕES POR CREDORES, OBJETIVANDO A PROTEÇÃO DE SEUS INTERESSES INDIVIDUAIS – CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA – INVIABILIDADE – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – REFORMA DO DECISUM – NECESSIDADE – RECURSO PROVIDO.

**I.** A recuperação judicial tem como objetivo principal o de proporcionar a manutenção do funcionamento de empresas economicamente viáveis, tendo em conta a necessidade da preservação da produção da riqueza e da geração de empregos; **II.** Desse modo, sempre que possível, deve-se manter o ativo da empresa livre de constrição judicial em processos individuais, sendo que o princípio da preservação da empresa deve sobrepor-se aos interesses de credores isolados, que pretendem pura e simplesmente a quebra da empresa; **III.** In casu, o plano de recuperação judicial, apresentado pela VASP, foi aprovado pelo Comitê de Credores e homologado judicialmente, tendo sido constatadas tanto a viabilidade econômica da empresa quanto a suficiência do seu patrimônio para honrar as suas obrigações; **IV.** Entretanto, determinados credores, visando, mormente a satisfação de seus interesses individuais, e em manifesto conflito de interesses com a massa falida, impediram que a empresa recuperada cumprisse em parte o plano de recuperação judicial, prejudicando toda a massa de credores e de empregados da VASP, violando, assim, o princípio da continuidade da empresa; **V.** Recurso especial provido, para afastar a decisão que converteu a recuperação judicial em falência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?num.reg=201103040004>>.

pedido de convalidação e realocar esse crédito? Eis aí o uso importantíssimo do princípio da função social da empresa. Contudo, há que se afirmar o perigo de abrir precedentes, fazendo com que essa função social justifique qualquer inadimplência do grupo em recuperação, tornando a vida dos credores mais frágil do que nunca.

‘Ao fim e ao cabo’, a função social da empresa (ou também chamada *função socioeconômica* da empresa) remete a um direcionamento que é o interesse público na recuperação do grupo. Embora o processo de recuperação seja um problema de caráter privado entre devedor e credor, o fim social que a atividade atinge tem de ser levado em consideração justamente porque a sociedade como um todo, direta ou indiretamente irá sentir, caso o grupo venha a fechar as portas.

Diante disto, não podemos duvidar de que as atividades empresárias — principalmente aquelas unidas pelos grupos — constituem uma realidade fática irreversível no mundo globalizado e capitalista em que vivemos, e que essas ligações entre sociedades dominantes e dominadas, em prol de um objetivo único, configura uma imensa importância social a toda a economia<sup>16</sup>.

## 1.1. O princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa é de suma importância para a recuperação judicial, uma vez que visa, objetivamente, tentar até o último suspiro manter a atividade empresarial ativa, esgotando-se todos os meios, todas as tentativas para que não venha a falir. Tal fato fica provado não apenas no dispositivo que o delimita expressamente<sup>17</sup>, mas também em outro que permite,

---

16 Importante a lição dos professores Paulo Arnoldi e Tais Michelin (2000, p. 161) quando afirmam: “podemos afirmar que atribuir alguns deveres a essas entidades não significa esquivar o Estado de funções que lhe são próprias. Na economia moderna, ambos devem trabalhar juntos, pois é notório que a atividade empresarial assumiu dimensões extraordinárias que cada vez mais vêm se acentuando, nesta época de globalização. A crescente concentração de riquezas que estamos presenciando, com os grandes conglomerados empresariais, tornará, em não muito tempo, insustentável o ciclo produtivo, caso permaneça essa visão antiquada da empresa capitalista. Importante ressaltar que sua contribuição à sociedade não significa uma diminuição dos lucros. Pelo contrário, podemos felizmente constatar uma sensível melhora nas condições econômico-financeiras das instituições que têm adotado medidas de caráter social. São alternativas viáveis e necessárias a esse novo contexto mundial. A sociedade está cobrando cada vez mais essa atuação”.

17 Artigo 47 da Lei 11.101/2005.

veja só, que a empresa alvo de um pedido falimentar, no prazo de contestação, apresente sua recuperação judicial<sup>18</sup>.

Desta forma, imaginemos que uma sociedade empresária venha a receber um pedido de falência por parte de um credor. Esta, por sua vez, deverá contestar tal pedido, de acordo com as regras legais<sup>19</sup>.

Contudo, caso não queira fazê-lo, reconhecendo fielmente a sua crise e não desejando de forma alguma ir à falência, ela já pode, no prazo de contestação, apresentar seu requerimento de recuperação judicial, estendendo seus efeitos às demais sociedades do grupo, visto que, tal insolvência relativa, mas contumaz, atinge a todas elas de forma direta ou indireta, aplicando-se a teoria da desconsideração (ou levantamento) da pessoa jurídica, como já suscitado<sup>20</sup>.

O princípio da preservação da empresa necessita do princípio da função social, bem como o princípio da função social necessita do princípio da preservação da empresa. Ambos estão umbilicalmente ligados, pois sem a atividade preservada não há produção nem circulação de bens ou serviços e, conseqüentemente, a empresa não exercerá sua função social, e vice-versa. Importante frisar que, embora a preservação da empresa esteja expressamente definida na Lei 11.101/2005, como já se demonstrou, na esfera constitucional ela é considerada como um princípio não escrito, mas implícito, uma vez que a Carta Magna valoriza a propriedade privada e a livre iniciativa.

Sabemos que os princípios tem a função primordial de contribuir na interpretação e na aplicação do direito em si, mexendo, entortando, espremendo a lei positiva em busca de justiça, tal qual uma máquina tenta extrair da fruta o seu melhor líquido<sup>21</sup>. Exatamente por isto, a preservação da empresa é de suma importância para a análise de diversos dispositivos e determinações contidas na lei, como a que citamos acima<sup>22</sup>.

---

18 Artigo 95 da Lei 11.101/2005.

19 Artigo 96 da Lei 11.101/2005.

20 Como bem salienta Antônio Menezes Cordeiro (1997, p. 324), a confusão de esferas jurídicas verifica-se quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo, por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio, ou os dos sócios.

21 Para Paulo Bonavides (2001, p. 229), os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

22 Como nos ensina Moacyr Lobato (2007, p. 82), a recuperação judicial, segundo a dicção da nova lei, tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de

É de se ressaltar que o sistema existente no país foi e ainda é duramente criticado pela doutrina, uma vez que a edição e a inserção da recuperação judicial, no ordenamento jurídico, visava acabar com a chamada *indústria da concordata*, quando, àquela época, o devedor ficava sempre *por um fio de navalha* e, qualquer problema, por menor que fosse, o convolava à *bancarrota*. Na nova lei, com a recuperação judicial, não é diferente. daí a importância do referido princípio<sup>23</sup>.

Como o modelo de recuperação de empresas no Brasil é vinculado ao Poder Judiciário, ou seja, é judicial propriamente dito, corre-se o risco permanente de deixar às mãos do juiz o destino da atividade. Ora, sabe-se que um magistrado, por mais preparado que seja, não é empresário, não tem preparo técnico nem mercadológico para atuar e decidir sobre questões intrínsecas da atividade, nem tampouco tem preparo para comandar os negócios do devedor. Por esta razão, devemos fazer o uso e gozo do princípio da preservação da empresa, para melhor demonstração do direito vivo.

Da mesma forma, o Ministério Público, que atua no processo de forma minimalista — como determina a Lei — na pessoa de seu promotor, também não conhece nada de contabilidade, economia, atividade empresária e, muito menos, do ramo de mercado em que a devedora atua. Por esta razão, há a necessidade de uma equipe técnica para auxiliar o juiz e seus assistentes, para que melhor elucidem o caso concreto, em busca do dever jurisdicional. Não devemos confundir o conhecimento jurídico com o conhecimento da administração empresarial, justamente por serem duas ciências bem distintas.

Assim, percebe-se que o princípio da preservação da empresa que está no singular deve ser expandido ao plural, ou seja, também aos grupos societários.

---

permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

- 23 Fábio Ulhôa Coelho (2007, p. 114–115) demonstra a vulnerabilidade do sistema brasileiro, uma vez que a lei 11.101/2005 deixa o recuperando em estado permanente de alerta ao ponto de qualquer problema ter o juiz o dever de convolá-lo em falência. Cita, na verdade, que tal problemática ocorre desde o nascimento da recuperação, quando o juiz, no indeferimento do pedido, já leve o devedor à quebra. Para o autor: o modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da indústria da “recuperação judicial”. O credor, na Assembleia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer rabisco mal feito, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor.



A sua preservação à exploração de uma atividade empresária por diversas sociedades — em prol de um objetivo único — implicitamente unindo um grande capital, uma grande mão de obra, fazendo uso amplo de tecnologia e de insumos, organizando profissionalmente a atividade habitual a um determinado mercado, faz com que tal princípio tenha seu valor dilatado em muitas e muitas vezes, devido à grande dimensão de perdas e danos que a quebra desse grupo levaria à sociedade como um todo.

Contudo, há de se registrar que tal princípio, assim como o ordenamento, não privilegia qualquer recuperação judicial só porque a crise existe. Se o grupo societário não é mais viável e seja melhor falir do que recuperar, que ele quebre! Será menos custoso e menos prejudicial para todos, mas tal análise não é simples, muito menos por parte do juiz. Há de se ter muita cautela para avaliar se vale a pena recuperar o grupo ou não, principalmente porque nele podem existir sociedades que ainda consigam reviver ou fazê-lo renascer das cinzas. Seria irresponsável tentar recuperar um grupo, com a maioria das sociedades podres, utilizando como pano de fundo a preservação da empresa. Definitivamente, não é para isto que ela serve, até porque os princípios também devem ter limites<sup>24</sup>.

## 1.2. O princípio da *par conditio creditorum*

O princípio da *par conditio creditorum* é de suma importância para o processo de recuperação judicial em grupo, tal qual seria em caso de falência, uma vez que determina a paridade idêntica entre credores de uma mesma classe.

Sendo assim, ele não permite que exista privilégio de tratamento de um credor em detrimento de outro, uma vez que todos estão inseridos numa mesma problemática<sup>25</sup>.

---

24 Fábio Ulhôa Coelho (2007, p. 116) comenta: nem toda falência é um mal; algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas, possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos — materiais, financeiros e humanos — empregados nessa atividade, devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo.

25 Fábio Ulhôa Coelho (2007, p. 167) ensina que “se o plano não contiver tratamento diferenciado dos credores da classe em que foi rejeitado, ele pode ser adotado, mesmo não se verificando o quórum qualificado para a sua aprovação”.

É ínsito ressaltar que na recuperação judicial não há o concurso de credores determinados na lei — como na falência — onde há a hierarquia de recebimento de cada classe de crédito, dependendo de sua natureza. No ordenamento brasileiro, vêm em primeiro lugar os créditos trabalhistas, seguido dos créditos com garantia real, dos tributários e por aí adiante<sup>26</sup>. Na recuperação judicial existe, na verdade, um plano de recuperação apresentado pela devedora (que deverá seguir algumas regras) e, se aprovado nas condições da lei, o juiz o homologará e o mesmo deverá ser cumprido.

Contudo, o plano de recuperação pode ser aceito pela totalidade de credores<sup>27</sup> — o que enseja a sua automática homologação pelo juiz — ou o plano pode ser aceito por parte ou partes dos credores, ficando a decisão de homologação ou não a caráter do juiz<sup>28</sup>. Nesse caso, há de se verificar as seguintes condicionantes, de forma cumulativa<sup>29</sup>: a) se o plano recebeu o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classe; b) se o plano recebeu a aprovação de duas das classes de credores, nos termos do artigo 45 da lei 11.101/2005 ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; c) se o plano for rejeitado por uma classe, mas nesta classe houve o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, de acordo com os critérios de quórum para maioria simples.

Pois, nesse caso é que reside o princípio da *par conditio creditorum*, uma vez que o plano somente poderá ser adotado e homologado caso não haja tratamento diferenciado aos credores da classe que o rejeitou, equiparando a todos eles os mesmos direitos e as mesmas garantias. Na realidade, a Lei nº 11.101/2005 veda de forma categórica o tratamento diferenciado entre credores, numa perspectiva constitucional do princípio da igualdade<sup>30</sup>.

Na recuperação judicial — mormente nos grupos societários — tal princípio aplica-se da mesma forma, considerando todos os credores do grupo, ou seja, unificando-os dentre todas as sociedades que o compõe, numa espécie de super passivo, cada qual na sua respectiva classe (trabalhista, garantia real, quiro-

26 Artigo 83 da Lei 11.101/2005.

27 Artigo 45 da Lei 11.101/2005.

28 Artigo 58, §1º da Lei 11.101/2005.

29 Artigo 58, I, II e III da Lei 11.101/2005.

30 Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal do Brasil.

grafário). Na consolidação de um quadro geral de credores do grupo, teríamos a materialização dos créditos devidamente habilitados e, a esses credores em totalidade, aplicar-se-ia a paridade de tratamento. Assim, o plano de recuperação a ser apresentado pelo grupo devedor já conteria a alocação de todos esses credores de todas as sociedades que o compõe e, obviamente, todos eles participariam da votação em assembleia, levando-se em consideração a regra legal para o aceite, ou não, do respectivo plano.

Desta forma, fica cristalino que um credor trabalhista não pode ter privilégio no plano sobre outro credor trabalhista, sob pena de nulidade do ato. Da mesma forma, deverá ocorrer com as outras classes. Aqui, na verdade, em se considerando o grupo de sociedades, e o litisconsórcio ativo de todas as sociedades que fazem parte do grupo — já que todas sofrem os efeitos da recuperação judicial — deve-se levar em conta a paridade entre todos eles, sem nenhuma espécie de discriminação de credores de uma sociedade em relação a outra do mesmo grupo.

Os maiores problemas ocorridos em juízo é justamente com a Justiça do Trabalho que, muitas das vezes, não reconhece o instituto da recuperação judicial e determina a alienação de bens e ativos financeiros da recuperanda em cada processo trabalhista, ou seja, em consideração a cada credor, individualmente, sempre na justificativa que a verba alimentar é mais importante do que tudo na vida.

## CONCLUSÃO

Conclui-se o presente estudo, na linha de que os princípios legais e constitucionais são fundamentais na análise de casos concreto em recuperação judicial, seja na empresa singular, seja no grupo societário, vez que, em diversos momentos da Lei 11.101/2005 o legislador pecou severamente em determinar atitudes ao magistrado sem analisar, de forma profunda, a realidade fática do que está ocorrendo.

Desta forma, o operador do direito tem e devem fazer valer a robustez jurídica dos princípios, através do bom fundamento, da boa hermenêutica e da boa exegese interpretativa, sob pena de sucumbir à injustiça. Não há dúvida de que a linha é tênue, mas nunca impossível.

Sempre é bom lembrar que a filosofia não admite a existência do “princípio dos princípios”, não podendo se fazer valer de uma *hierarquia* entre

eles, nem mesmo os constitucionais, estando, segundo a doutrina, no “topo da pirâmide”. Há, sim, o alcance de cada um deles, cada um na sua área, cada um com a sua natureza, cada um com a sua finalidade.

Deste modo, cabe ao bom jurista ser um artista e fazer da sua arte a sua própria arma.

## REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 39, n. 117, p. 157–162, jan./mar. 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de falências. Revogado pela Lei nº 11.101, de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.299.981 – SP (2011/0304000-4). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25024388/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1133705-sp-2009-0154790-7-stj/inteiro-teor-25024389>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova lei de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva 1995, p. 3–26.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civital, 1986.

LOBATO, Moacyr. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MEIRA, Silvio A B. **Clóvis Bevilacqua. Sua vida. Sua obra**. Fortaleza: UFC, 1990

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Responsabilidade Civil dos Administradores**. Almedina, 1997.

SURGIK, Aloisio. Considerações críticas em torno do princípio *pacta sunt servanda*. In: SOLA, Pedro Resina. **Fundamenta Ivris: terminologia, princípios e “interpretatio”**. Almería: Universidad de Almería, 2012. p. 449–466.



**Internacional**





DIREITO COMPARADO E  
TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE — O ESTADO  
DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO STF

---

*Francisco Lisboa Rodrigues*



## INTRODUÇÃO

A sempre lembrada figura do juiz *bouche de la loi*, de Montesquieu, encarcerado na penitenciária da lei escrita, numa sociedade legicentrista e preocupada com a limitação do poder político do governante, lançava mão de uma metodologia de aplicação do Direito fundada na interpretação mecânica, literal e comprometida com a afirmação da legislação burguesa. A consequência deste estado de coisas evidenciava uma prática interpretativa, ditada pela batuta da Escola da Exegese, a apontar para o “fetichismo da lei” (BOBBIO, 1995, p. 73 e ss.). O referido cenário perdurou especialmente por todo Século XIX, período conhecido como a *era das codificações*<sup>1</sup>.

Após o advento das duas grandes Guerras Mundiais, proliferaram constituições caracterizadas pela presença de conceitos jurídicos indeterminados em seus textos. O juiz boca-da-lei, cultor da legalidade estrita, foi obrigado a buscar novos horizontes hermenêuticos — capazes de responder as demandas que se seguiram pela proteção dos direitos fundamentais. Uma legislação antiga diante de constituições novas e de sociedades em reconstrução.

A adoção de novas e progressistas posturas hermenêuticas na interpretação-aplicação do Direito — firmou-se como exigência racional e em vários países foram adotadas sentenças constitucionais diferenciadas e distintas das proferidas até então. A Corte Costituzionale dellla Repubblica Italiana, criada pela Constituição de 1948, art. 134<sup>2</sup>, com início de suas atividades em 1956,

---

1 As codificações não foram imunes a críticas. Uma das mais contundentes foi a capitaneada por Friedrich Karl von Savigny, opondo-se à codificação na Alemanha. A assistemática do Direito oitocentista, para Savigny, deveria ser superada por uma Ciência do Direito. Afirmo o mestre da Escola Histórica do Direito: Raccolgo ora, in breve, i punti, sul quali la mia opinione s'accorda con quella de'caldeggiatori di un codice, e i punti su cui discordiamo. Nello scopo andiamo di concerto: noi vogliamo il fondamento di un diritto non dubbio, sicuro dalle usurpazioni dell'arbitrio, e dagli assalti dell'ingiustizia, questo diritto egualmente comuoe a tutta la nazione, e la concentrazione degli sforzi scientifici di lei. Per questo scopo essi desiderano un codice, il quale però a una metà soltanto della Germania arrecherebbe la bramata unità; che l'altra metà resterebbe vieppiù separata. Per me, io veggio il verace mezzo in un'organizzata progressiva scienza di diritto, la quale può esser comune all'intera nazione (SAVIGNY, 1968, p. 201–202).

2 Art. 134. La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

elaborou uma variedade de sentença *costituzionale*<sup>3</sup> que alterou o cenário jurídico italiano e foi exportada para vários países.

Hodiernamente, a justiça constitucional (e aqui não se faz distinção entre *justiça constitucional* e *jurisdição constitucional*) tem adotado um perfil dialógico. Internamente, quando há um diálogo institucional entre os poderes constituídos de um Estado e externamente, ao se estabelecer como diálogo entre Cortes Constitucionais de países diversos.

Apropriando-se dessa conjuntura jurídico-dialógica, que envolve as Cortes Constitucionais, o presente texto tem por objetivo principal expor o fato da presença, em tais diálogos, de conceitos, teorias, leis, p. ex., adotados na *ratio decidendi* ou no *obiter dictum* de sentenças constitucionais que não foram construídas no país em que estas se viram proferidas, fenômeno conhecido por *transjusfundamentalidade*. Para alcançar a meta, o caminho percorrido reputa de extrema relevância a referência, ainda que *perfunctória*, sobre a relevância do Direito Comparado e da *transjusfundamentalidade* na construção das sentenças constitucionais. A referência última indica o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro como Corte inserida no ambiente dos diálogos mencionados, ao tomar como paradigma da decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 347/DF, de 2015, do chamado Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, desenvolvido pela Corte Constitucional de Colombia.

A título de metodologia, o levantamento de literatura, nacional e estrangeira, forma o núcleo principal. Ademais, foram consideradas decisões de Cortes Constitucionais, especialmente a colombiana e a brasileira.

Ao término do texto restará, evidente, o ímpar desempenho das Cortes Constitucionais na construção de decisões voltadas à proteção de direitos fundamentais, a partir de um diálogo entre as mesmas, que constitui um dos temas mais palpitantes do Direito Constitucional na atualidade.

---

3 Em se tratando de omissão inconstitucional, a sentença manipulativa de efeitos aditivos (possibilidade de adição, substituição ou redução do conteúdo normativo do preceito questionado) é um exemplo do trabalho da Corte. Par uma leitura mais aprofundada das principais decisões, ver LINERA, Miguel Ángel Presno; CAMPIONE, Roger. *Las sentencias básicas del tribunal constitucional italiano* — estúdio de una jurisdicción de la libertad. Madrid: CEPC, 2010.

## 1. DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO<sup>4</sup>

Os diálogos entre as Cortes Constitucionais pressupõem o conhecimento e domínio do Direito Comparado. E a referência a este ramo do Direito não significa que se tenha domínio unicamente do Direito Comparado positivo. O manejo das instituições, das teorias, da realidade circundante e dos conceitos elaborados nos Estados, cujos sistemas são objeto de estudo comparado, é condição imprescindível. Paolo Biscaretti DI RUFFIA (1996, p. 79), oferece um panorama do que se entende por Direito Constitucional Comparado:

Em primer lugar, debe aclararse el *concepto* de la *ciencia del derecho constitucional comparado*, respecto de la cual puede afirmarse, de manera preliminar, que es una de las ciencias jurídicas cuyo objeto es el estudio profundo de los ordenamientos constitucionales de los Estados, al lado de las *ciencias del derecho constitucional particular*, estimadas como las relativas a un único ordenamiento estatal, y del *derecho constitucional general*, que constituye un capítulo específico de la *teoría general del derecho*, destinado a comprender en sus esquemas dogmáticos una serie muy amplia de instituciones de los más diversos ordenamientos positivos.

Avança DI RUFFIA (1996, p. 79), no parágrafo seguinte, advertindo que, ao buscar a comparação entre normas e instituições, o intérprete deve cotejar o material, disponível sob o império do método comparativo, revelando características comuns ou diversas que culminarão na identificação de princípios e regras que se encontram em efetiva aplicação. Nesse sentido, pode-se falar do Direito Comparado como uma ciência jurídica autônoma.

Não obstante DI RUFFIA aborda o Direito Constitucional Comparado como ciência autônoma e deixa claro que o manejo do método comparativo

---

4 Fiel à proposta do presente artigo, não será abordada a questão relativa à nomenclatura existente com fins de “rotular” este ramo da ciência do Direito. Expressões como Derecho Comparado, Droit Comparé, Diritto Comparato, Comparative Law, Rechtsvergleichung, Direito Estrangeiro e Legislação Comparada, por fazerem parte de um contexto específico, demandam uma aproximação cuidadosa e metodologicamente adequada para que não se veja tentado a conclusões semelhantes ou idênticas para situações distintas ou diversa. Fez-se a opção, portanto, pela expressão Direito Constitucional Comparado motivada pelas citações de decisões do Supremo Tribunal e da Corte Constitucional colombiana. Um bom estudo é encontrado em: DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 134, p. 231–249, abr./jun. 1997, 04/1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/241/r134-20.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

é a via a ser trilhada pelo intérprete. E para chegar a tal conclusão, informa a imprescindibilidade do domínio da cultura, da forma de Estado, do sistema constitucional e do governo que deve nortear o trabalho comparativo. O processo de estruturação do estudo comparado segue, de maneira geral, quatro etapas, a saber: a) uma cuidadosa compilação de dados que sejam adequados para um bom conhecimento das normas e instituições dos países considerados; b) uma sistematização dos dados colhidos, enfatizando semelhanças e distinções; c) uma postura crítica na construção da sistematização dos dados, e d) uma exposição sistemática dos resultados obtidos (DI RUFFIA, 1996, p. 86). Evidentemente, por se tratar de ciência do direito, o método será o jurídico. Portanto, a comparatística é acrescida aos métodos de interpretação de Friedrich Karl von Savigny.

Ao se referir aos quatro métodos tradicionais de interpretação aperfeiçoados por Savigny (gramatical, lógico, histórico e sistemático), Peter HÄBERLE defende o reconhecimento da comparatística como quinto método de interpretação<sup>5</sup>. A justificativa estaria na exigência de ideias claras e distintas quanto ao Estado Constitucional, que demanda instrumentos de análise sensivelmente distintos (não contrários) dos métodos clássicos de interpretação (HÄBERLE, 2001, p. 164).

Os aspectos culturais dos países, considerados na comparação jurídica, resultam em dificuldades no estudo do(s) relacionamento(s) exigido(s) entre as normas ou sistemas eleitos como objeto. Atento à problemática, Miguel Ángel CIURO CALDANI (2006, p. 114–115), enfatiza que

Es importante realizar un “análisis” de los componentes de cada juridicidad y cada cultura para reconocer la individualidad respectiva y sus despliegues comunes con otras juridicidades y culturas. El “lugar”

---

5 Conquanto se refira a direitos fundamentais quando defende a sacralização do método comparatístico, Peter HÄBERLE desenvolve um quinto método vocacionado à atuação no Estado Constitucional. Nas suas palavras: En todo caso, la comparación jurídica debe ser incorporada de manera decidida y abierta en la interpretación de los derechos fundamentales. (...). En mi opinión, la “canonización” de la comparación jurídica como “quinto” método de la interpretación, al menos en el derecho constitucional del tipo del “Estado constitucional”, no sería sino consecuente con la historia de la doctrina de la interpretación jurídica. En el “sistema” de F. C. v. Savigny, como fundador de la “escuela histórica del derecho”, era natural que tuviera un lugar preeminente la interpretación histórica. En el marco de una teoría sobre el tipo del “Estado constitucional” le toca ahora a la comparación constitucional un lugar “paralelamente” importante. Llevado más adelante, de la dimensión histórica se deriva, aquí y ahora, la comparación de la dimensión contemporánea: la “comparatística constitucional”. (HÄBERLE, 2001, p. 163–164).

comparativo de cada ser humano y cada conjunto de seres humanos se muestra en los denominadores comunes y particulares respecto de otros hombres y otros conjuntos humanos. Las referencias individuales y comunes de la cultura nos parecen muy destacadas.

No cenário da União Europeia, a dificuldade apontada não escapou da preocupação de Peter HÄBERLE. Observa o constitucionalista alemão (2001, p. 164–165):

En resumen: los procesos de creación y recepción no se realizan por sí solos. Se requiere que los receptores (mejor dicho: los actores) en el procedimiento de recepción “busquen” de manera abierta y sensible, observando y elaborando lo típico y lo individual propio del Estado constitucional “vecino” en sentido estricto o amplio; “adquirir para poseer”. De este modo surge o se confirma el “derecho constitucional común europeo”, o con mayor alcance, el derecho constitucional común europeo-atlántico, y en parte también el derecho “emparentado”. En otras palabras, los procesos de recepción requieren comparación jurídica, la cual solamente puede tener éxito como comparación cultural. En la comparación, los receptores laboran en parte en la política jurídica (como constituyentes o legisladores), en parte de manera interpretativa, aunque los límites pueden ser fluidos: en la interpretación por los jueces constitucionales o por la doctrina del derecho constitucional; por esta razón, y en el campo de fuerzas del Estado constitucional, corresponde a la comparación jurídica el rango de un “quinto” método de la interpretación, al lado de los cuatro métodos clásicos de Savigny.

Ultrapassadas tais premissas, é intuitiva a ocorrência de práticas comparatísticas nos Tribunais Constitucionais. O Estado Constitucional de Direito, marcado pela abertura dos sistemas constitucionais e ampla densidade semântica de disposições contidas nas constituições, apresenta peculiaridades favoráveis ao estudo comparado. Os juízes constitucionais, como intérpretes e guardiões da constituição, aproximam-se cada vez mais entre si por meio de congressos, intercâmbios, associações, conferências, centros de estudos, sem que se olvide das múltiplas possibilidades que o universo digital oferece e promovem uma circulação de materiais normativos e jurisprudenciais<sup>6</sup>.

6 Cumpre observar que nos Estados Unidos da América o uso do direito comparado em decisões de qualquer tribunal foi vedado pelo Constitution Restoration Act of 2005. No original: “SEC. 201. INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION. In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative

Não se cuida de circulação interna que envolveria juízes na interpretação e aplicação de sistema jurídico interno e disponível à atuação prática para a solução de casos postos à decisão. Aqui os juízes possuem disposição para “olhar para fora” dos limites do direito doméstico, trata-se de descobrir como outros juízes decidem quando diante de problemas comparáveis. Nas palavras de Anne-Marie SLAUGHTER (2003, p. 197):

Another major shift is in the willingness of judges to look beyond their borders when they already have domestic law on point. It is one thing when a court borrows to fill a gap or even to build a foundation, as courts in fledgling states or newly decolonized countries have long had to do. It is quite another when judges from an elaborate domestic legal system with ample law available to decide the case in question nevertheless seek to find out how other judges have responded when faced with a comparable issue.

Como qualquer realidade cultural, a comparatística é alvejada por várias críticas carregadas ideologicamente da recusa a um suposto “direito natural universal”, “direito cosmopolita” ou “vanguardismo moral”. A estes, forçoso é responder com as ponderações de Gustavo ZAGREBELSKY (2007 p. 91–104), que em discurso, proferido por ocasião do 50º aniversário da Corte Constitucional italiana, afirmou:

En realidad, no hay ninguna necesidad de llegar a tanto. Incluso parece que esta exageración ideológica parece hecha a propósito para suscitar oposición. Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario

---

rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.” Entretanto, em época anterior ao Act of 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizara de diálogos judiciais transnacionais em várias decisões. No caso *Roper vs Simmons*, julgado em 2002, discutiu-se a possibilidade ou não da aplicação da pena de morte a pessoa que, ao tempo do crime, contava com 17 (dezessete) anos de idade. A questão principal era interpretação da 8ª Emenda que proíbe penas cruéis e incomuns (cruel and unusual punishment). O embate destacou a inexistência de pena de morte em várias nações ocidentais em tempos de paz. Disponível em: *Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center vs. Simmons*, 534, US.551 (2005). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>, p. 551ss. Acesso em: 15. jan. 2016.



hacen los chauvinistas de la Constitución, de ser los mejores. El presupuesto no es necesariamente el derecho natural ni la ilusión del progreso. Puede ser la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás. Basta reconocer que las normas de la Constitución, por ejemplo en el tema de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad, y que su interpretación, incluso a primera vista, no es la interpretación de un contrato, de una decisión administrativa, y ni siquiera de una ley, emanada de voluntades políticas contingentes. La interpretación constitucional es un acto de adhesión o de ruptura respecto a tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las que las Constituciones particulares forman parte.

As experiências dos juízes constitucionais, embora inseparáveis dos obstáculos epistemológicos individuais, na rotina forense e diante de pluralidade de casos envolvendo a interpretação e aplicação de normas definidoras de direitos fundamentais, armam os tribunais constitucionais de argumentos essenciais ao enfrentamento de novos direitos, oriundos da complexidade das relações sociais. Circunstâncias comuns em sociedades de risco e que evoluem na velocidade do ano-luz arrastam consigo a inevitável formação de exigências, antes desconhecidas ou não levadas aos tribunais. Direitos dos imigrantes, dos encarcerados, dos deslocados, das relações poliafetivas, bem como a limitação de direitos em virtude de segurança nacional, são exemplos de questões que unem vários países numa mesma realidade.

A mera elaboração de normas jurídicas pelo Legislativo nem sempre é suficiente para garantir direitos ou autorizadores de políticas públicas eficazes e suficientes à solução das demandas sociais. Não raras vezes o Judiciário é a última porta de esperança diante das regras maquiavelianas do jogo político. Na atuação dos Tribunais, portanto, tem-se uma ferramenta de extrema utilidade no direito comparado.

René DAVID (2014, p. 4) sintetiza as vantagens do direito comparado:

As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.

Firmada a importância do direito comparado na construção de decisões pelos Tribunais Constitucionais, no tópico que se segue será esclarecido o que se deve entender por transjusfundamentalidade. O tema representa um pressuposto inafastável à compreensão das decisões nomeadas na última parte deste trabalho.

## **2. TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE — O QUE SE DEVE ENTENDER**

O mundo testemunhou, depois do segundo Pós-Guerra, profundas mudanças nos perfis político, econômico e jurídico de diversos países. A descolonização da Índia, o ocaso de regimes autoritários na Espanha e Portugal, o fim de ditaduras militares na América Latina, a reconstrução social da África do Sul com o término da *apartheid*, são arquétipos das complexas reconfigurações institucionais e culturais, engendradas a partir de novos reclamos de proteção dos direitos fundamentais.

A transição constitucional foi inevitável e com ela a ruptura com um passado a ser superado e a afirmação de novos paradigmas. Na seara das Cortes Constitucionais existentes, um singular problema assolou os juízes: julgar novas demandas baseados em sistemas normativos subjugados pela força normativa dos fatos — dizer, interpretar e aplicar normas produzidas em ambiente político-social-jurídico que se pretendia abandonar. O contexto propiciou, a título exemplificativo, a formatação de sentenças ativistas<sup>7</sup> como respostas possíveis às imposições fáticas de algumas relações estabelecidas sem correspondência com os normativos em vigor. Uma variedade de sentenças foi engendrada como alternativa de resposta para situações específicas. Nos casos das decisões do Tribunal Constitucional, em controle de constitucionalidade, podem ser encontradas, quanto aos efeitos, sentenças simples e manipulativas. As sentenças

---

7 faste-se a concepção maniqueísta do ativismo judicial que o considera sempre prejudicial. É fato incontestável a verificação de inúmeras decisões ativistas sem que todas, aprioristicamente, possam ser adjetivadas como “erradas”, “arbitrárias”, “prejudiciais”. Evidentemente, se reconhecem os perigos do ativismo judicial, bem como da autocontenção, ambas as posturas capazes de uma proteção insuficiente ou inexistente dos direitos fundamentais. No Brasil, produz-se uma vaga discussão sobre o ativismo judicial. Portanto, opta-se por uma visão multidimensional do ativismo judicial por ser a mais adequada ao exame sereno e menos contaminado ideologicamente. Sobre o tema, consultar: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

manipulativas, caracterizadas pela possibilidade de alterar o sentido ou os efeitos da lei ou ato normativo impugnado, podem ser classificadas, segundo Carlos Blanco de MORAIS (2005, p. 238–243), em: a) sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade; b) sentenças interpretativas de acolhimento ou condicionais; e c) sentenças portadoras de efeitos aditivos.

O emprego de materiais alienígenas tornou-se prática comum. A repercussão desse estado de coisas na elaboração dos fundamentos (*ratio decidendi*) das sentenças constitucionais é de fácil constatação. Vlad PERJU (2012), em estudo sobre o tema, cita expressões e palavras que são próprias do vocabulário dos diálogos constitucionais. Assim, tem-se “transplante” (*transplant*), “difusão” (*diffusion*), “empréstimo” (*borrowing*), “circulação” (*circulation*), “fertilização cruzada” (*cross-fertilization*), “migração” (*migration*), “engajamento” (*engagement*), “influência” (*influence*), “transmissão” (*transmission*), “transferência” (*transfer*) e “recepção” (*reception*).

Independente da nomenclatura e da classificação, adota-se neste texto a ideia de transjusfundamentalidade para identificar tais fenômenos. Pode-se afirmar que transjusfundamentalidade é a disponibilização de informações sistematizadas sobre temas constantes em decisões de outras Cortes ou Tribunais presentes em suas próprias decisões. Apesar de não comportar todas as variações conteudísticas, o conceito atende às pretensões aqui perseguidas.

No seguinte e último tópico, o destaque recairá sobre a prática do Supremo Tribunal Federal envolvendo o método comparatístico. O manancial de documentos é farto e complexo, o que motiva, por questões metodológicas, restringir o objeto de estudo e destacar o tema principal debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347-DF, qual seja, o estado de coisas inconstitucional.

### **3. O DIREITO COMPARADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO — O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347-DF, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, atendendo a representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade

de Estado do Rio de Janeiro — CLÍNICA UERJ DIREITOS, requereu que fosse “reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas ao final (...)”<sup>8</sup>. Ressalta, logo adiante, que a intervenção da jurisdição constitucional em casos de falhas estruturais em políticas públicas direcionadas à proteção de direitos fundamentais é fato em países como Índia e África do Sul. No caso da Colômbia, a Corte Constitucional tem construído uma das mais férteis experiências ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional.

O pedido de liminar foi deferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF n. 347-DF<sup>9</sup>. Do seu voto, destacam-se fundamentos relevantes, tais como:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades (...).

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado — União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes — como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. — destacou-se.

A decisão liminar deixa evidente que a solução para os litígios estruturais<sup>10</sup> não se localiza na vontade política de um único órgão ou Poder constituído.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

10 Para que existam conflitos estruturais urge que situações específicas, resultados de omissão total ou parcial do poder público, violem reiterada e genericamente os direitos fundamentais de um grupo

Exige a atuação coordenada dos Poderes nos três níveis de governo para a consecução de intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas, esta sob responsabilidade precípua do Poder Judiciário. Este agir, preponderantemente, ocorre no quadro das omissões inconstitucionais que, no dizer de Carlos Roberto Siqueira CASTRO (2003, p. 729),

Assim, contemporaneamente, ao lado da corrente inconstitucionalidade ativa ou por ação, temos a inconstitucionalidade “omissiva” ou por “omissão”, caracterizada pela inércia estatal em dar concretude às prestações de cunho positivo, cujo implemento tenha sido determinado pelo legislador constituinte.

A mera declaração de inconstitucionalidade por omissão pelo STF, fato observado, principalmente, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é inábil para afastar os litígios estruturais. Imperioso se reconheça o estado de coisas inconstitucional e se adote medidas estruturais que sejam efetivadas sob o manto de um diálogo institucional, preservando-se, assim, a competência e vocação constitucional de cada Poder.

No caso sob comento, dois pedidos contidos na petição inicial da ADPF 347-DF, merecem destaque: a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e “determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de três meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de três anos”.

O segundo pedido ressalta a não ingerência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, embora a decisão correlata deva ser considerada ativista. Ainda que não citado expressamente, o Poder Executivo terá de contar com o Poder Legislativo na elaboração de normas direcionadas ao enfrentamento e solução das questões. Portanto, preservado o princípio da separação de poderes e as atribuições constitucionais dos Poderes. A deferência aos demais Poderes é marca indelével nesse diálogo.

---

de pessoas. Segundo Mariela PUGA (2014), La expresión “litigio estructural” o “caso estructural” califica a intervenciones judiciales que, de algún modo, expanden el territorio de lo justiciable. Também conhecido como litígio de impacto, litígio estratégico, litígio de interesse público, litígios redistributivos, demandam, conseqüentemente, ações estruturais articulando as estruturas dos poderes constituídos.

Por fim, alguns esclarecimentos devem restar claros sobre o estado de coisas inconstitucional. A Corte Constitucional de Colombia é a responsável pela elaboração e desenvolvimento desta ferramenta que pretende afastar as violações aos direitos fundamentais na Colômbia, reconhecida como um país em que, reiteradamente, se observa tanto o desrespeito, quanto a não efetivação dos direitos fundamentais. No magistério de Josefina Quintero LYONS, Angélica Matilde Navarro MONTERROZA e Malka Irina MEZA (2011, p. 70–71),

La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

Do conceito são extraídos vários requisitos para a declaração do estado de coisas inconstitucionais, resumidos pelo Corte Constitucional de Colombia, na Sentencia T-025-2004<sup>11</sup>:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema

---

11 COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025-2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 25. jan. 2016.

acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

A ferramenta era gestada desde a década de noventa do século passado (Sentencia US.559-1997)<sup>12</sup>, o que implica reconhecer a paternidade da mesma à Corte colombiana. No que pesem os cuidados e deferências aos demais poderes pela Corte Constitucional da Colômbia, o emprego do estado de coisas inconstitucionais no Brasil, pelo STF, tem gerado inúmeras críticas. Artigo publicado no Estadão de 19 de setembro de 2015, intitulado Estado de Coisas Inconstitucionais<sup>13</sup>, os Professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo no qual defendem que o ECI pode dificultar e ameaçar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais. O ilustre Professor Lenio Luiz Streck, na coluna do Conjur, de 24 de setembro de 2015, escreveu no O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil<sup>14</sup> que tem receio do ECI, pois “essa coisa” é fluída, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário-mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional?

Os fundamentos das críticas são conhecidos e se aproximam, sensivelmente, da contrariedade ao ativismo judicial. Subjetivismo e arbítrio judicial (decido de acordo com minha consciência), ilegitimidade democrática (os juízes não são eleitos pelo voto popular) e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes (não há controle institucionalizado das decisões do STF), violação à separação de poderes (os poderes são independentes. Embora harmônicos) e o eclipse da fronteira entre Direito e Política (judicialização da política e politização do direito).

Reconhecidas a relevância e as esmeradas considerações levantadas pelos Professores nas críticas acima referidas, sinteticamente, opõe-se que não há

12 A pendência envolvia 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de María La Baja e Zambrano cujos direitos previdenciários foram negados pelas autoridades municipais.

13 GIORGI, Raffaele de, FARIA, José Eduardo, CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. Estadão. Edição de 19.09.2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 20. jan. 2016.

14 STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. Conjur. Edição de 24.09.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 20. jan. 2016.

compatibilidade entre os fatos descritos como ECI pelos autores e o ECI que desenvolve a Corte Constitucional de Colombia. Ademais, na liminar concedida na ADPF n. 347-DF, o Ministro Marco Aurélio afasta, de modo rápido e em lúcida passagem, as críticas delineadas:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais, sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas e os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Em virtude das limitações impostas para este trabalho, não será viável a desconstrução detalhada das contundentes críticas dirigidas ao ECI pelos Mestres citados, o que será objeto de outro texto. Importa demonstrar a transjusfundamentalidade, o uso do Direito Comparado na liminar deferida na ADPF n. 347-DF. Não pairam dúvidas quanto à necessidade de uma justiça constitucional dialógica — que reúna condições estruturais em sintonia com os demais Poderes para fins de atingir a solução — ou pelo menos abrandar o conjunto de fatos dos litígios estruturais.

O Supremo Tribunal Federal ratifica uma tendência observada ao logo dos anos de sua atuação que é a de dialogar com outras Cortes Constitucionais, no intuito de apresentar decisões que respondam satisfatoriamente as complexas demandas que são apresentadas para julgamento. O estado de coisas inconstitucional constitui, num oceano de decisões, uma gotícula representativa do diálogo transnacional.



## CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho pode-se defender o papel de destaque que o Direito Comparado deveria ocupar nos estudos acadêmicos e, especialmente, nos Cursos de Direito. Infelizmente, observa-se uma miopia (ou cegueira) no trato das disciplinas jurídicas, optando-se por uma visão unicamente doméstica e pautada em codificações.

A riqueza do estudo comparado é sacrificada em prol da apresentação panorâmica do Direito, limitada a um processo de aceitação passiva das informações “arremessadas” em sala de aula. Existir numa sociedade de riscos, permeada por complexas relações sociais, requer uma conduta correspondente aos ditames da ordem global do segundo pós-guerra. Conflitos gestados a partir de inéditas causas (migrações, deslocamentos forçados, sistema penitenciário, dentre outras), assim como conflitos conhecidos e não solucionados ou precariamente assistidos (segurança, saúde, moradia, por exemplo), são diagnósticos que apontam para soluções diferenciadas, não satisfeitas com a subsunção marcante da hermenêutica legicentrista.

O cenário favorece a tranjusfundamentalidade na medida em que permite o diálogo entre Cortes Constitucionais para troca de experiências relativas a problemas comuns. O Estado de coisas inconstitucional, criação da Corte Constitucional de Colombia, fundamento relevante na ADPF n. 347-DF, é ferramenta de extrema utilidade no desenlace de conflitos estruturais, logicamente quando sua operacionalidade é excepcional e deferente aos demais Poderes da República.

O Supremo Tribunal Federal assume, portanto, posição de vanguarda alinhada aos complexos feixes das relações sociais de uma sociedade globalizada e ávida pela proteção e efetivação de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições da filosofia do direito. Tradução e notas de M. Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025-2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Bases culturales del derecho comparado. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Rosario, n. 29, p. 113–138, sept. 2006.

DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 134, p. 231–249, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/241/r134-20.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Introducción al derecho constitucional comparado**: las formas de estado y las formas de gobierno y las constituciones modernas. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**. Edição de 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-nconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2001.

ITALIA. **Costituzione della Repubblica italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/costituzione-italiana/2836>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

LINERA, Miguel Ángel Presno; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del tribunal constitucional italiano** — estudio de una jurisdicción de la libertad. Madrid: CEPC, 2010.

LYONS, Josefina Quintero. MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro. MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, Colômbia, n. 1, v. 3, p. 69–80, enero, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional** – o contencioso constitucional português entre o método misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo II, 2005.

PERPERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing and migrations. **Boston College Law School Legal Studies Research Paper**, n. 254, jan. 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1982230](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982230)>. Acesso em: 30 jan. 2016.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, año 1, n. 2, p. 41–82, noviembre, 2014. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho\\_Ano1\\_N2\\_03.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

ROPER, Superintendent, **Potosi Correctional Center vs. Simmons**, 534, US.551 (2005). Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>. p. 551 e ss. Acesso em: 15 jan. 2016.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza**. Bologna: Forni 1968.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p. 191–220, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur**. Edição de 24.09.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

UNITED STATES. **Constitution Restoration Act of 2005**. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/543bv.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007, p. 91–104.

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROJETO  
ÁRVORE SICÔMORA: UMA INICIATIVA  
HUMANIZADORA DO CÁRCERE**

---

*César Barros Leal*



A Confraternidade Carcerária Internacional – CCI (Prison Fellowship International), uma sociedade cristã de natureza ecumênica, fundada em 1979, cujas sedes principais estão em Washington (a visitei em 1990) e Singapura, com 114 nações afiliadas em todo o mundo, desenvolve aproximações produtivas no entorno penitenciário, em vários países, incluindo a América Latina.

A CCI emprega uma metodologia denominada Sycamore Tree Project, STP (Projeto Árvore Sicômora). O nome é tomado da passagem bíblica que descreve o encontro de Zaqueu e Jesus (Lucas, 19:1:10): Tendo entrado em Jericó, Jesus atravessava a cidade. Vivia ali um homem rico, chamado Zaqueu, que era chefe de cobradores de impostos. Procurava ver Jesus e não podia, por causa da multidão, pois era de pequena estatura. Correndo à frente, subiu a uma árvore para o ver, porque Ele devia passar por ali. Quando chegou àquele local, Jess levantou os olhos e disse-lhe: “Zaqueu, desce depressa, pois hoje tenho de ficar em tua casa.”. Ele desceu imediatamente e acolheu Jesus, cheio de alegria. Ao verem aquilo, murmuravam todos entre si, dizendo que tinha ido hospedar-se em casa de um pecador. Zaqueu, de pé, disse ao Senhor: “Senhor, vou dar metade dos meus bens aos pobres e, se defraudei alguém em qualquer coisa, vou restituir-lhe quatro vezes mais.”. Jesus disse-lhe: “Hoje veio a salvação a esta casa, por este ser também filho de Abraão; pois, o Filho do Homem veio procurar e salvar o que estava perdido”<sup>1</sup>.

Esta metodologia consiste num curso intensivo que reúne entre os muros um grupo de vítimas e vitimários indiretos, isto é, não relacionados entre si (*unrelated victims and offenders*): os reclusos não são os responsáveis pelos delitos cometidos. Exemplo: homicidas com pessoas que tiveram um parente assassinado, sequestradores com aqueles que foram objeto de um sequestro.

Através dos encontros de restauração, nos quais se fala do conceito, das razões e dos efeitos do crime, dos danos causados e da necessidade premente de um proceder reparador, persegue-se o conhecimento mútuo — o descobrimento do outro, de suas idiossincrasias, de suas circunstâncias (“Eu sou eu e minhas circunstâncias”, na lição de José Ortega y Gasset) —, a diminuição do estresse (pós-traumático), a perda do rancor, o cessar da hostilidade, do espírito retribucionista

---

1 Veja-se este comentário: “Por servir aos romanos e por aproveitar sua posição para se fazer rico à custa de seus paisanos, os publicanos eram objeto do ódio dos demais judeus. O interesse de Zaqueu em Jesus indica sua fome espiritual. Comoveu-o a atenção que o Salvador lhe mostrou. Converteu-se e a sinceridade de sua mudança se manifestou quando declarou sua intenção de fazer restituição” (NELSON, 1998, p. 1205)

(da escola clássica, dos que proclamam, com sede de vindita: queremos justiça, faça-se justiça), o perdão (simbolizado no gesto do Bispo de Digne que perdoa Jean Valjean em *Les Misérables*, de Víctor Hugo, ou do Pontífice João Paulo II, ao desculpar quem atentou contra sua vida (OTTOBONI, 2004, p. 9)<sup>2</sup>, porém que não se sinonimiza com o reconciliar-se), o arrependimento (repenting) e a interiorização da responsabilidade por seus atos.

Reúnem-se seis ou oito pessoas em cada grupo, durante 5 a 8 semanas (ou, de forma intensiva, em apenas uma semana), em sessões de duas a três horas, nas quais se discute um tema específico, com a presença de um facilitador. Os cursos são rigorosos quanto à assiduidade, à pontualidade, à participação nos debates, ao respeito aos demais, à confidencialidade, fixando-se normas de conduta que devem ser cumpridas.

O coordenador usa um guia de trabalho, comprovado antes na prática, “para conduzir o grupo ao longo de uma série de temas que eventualmente levam ao momento em que vítimas e transgressores intercambiem cartas e convênios em que expressam seus sentimentos e o desejo de avançar rumo à reconciliação. Aos ofensores impende buscar a maneira de compensar o dano que sua conduta delitativa tenha provocado. Às vítimas se lhes dá oportunidade de analisar como assumir o controle de suas próprias vidas e empreender o caminho para a cura e a restauração. Por último, o grupo se reúne num ato público de celebração e culto.” (QUESADA, 2009, p. 130).

## 1. COLÔMBIA

Na Colômbia, onde a Confraternidade Carcerária é muito ativa, contando com 22 sedes regionais, o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC) autoriza regularmente à CC a realização do programa em estabelecimentos penais.

O Diretor Executivo da Confraternidade Carcerária da Colômbia, Lácides Hernández Álvarez, em sua dissertação para fins de obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Gerencial e Organização, na Universidade Pontifícia Bolivariana, em Medellín, identifica os temas abordados em 8 sessões, assim como seus objetivos:

---

2 De Martín Luther King: “Aquele que é incapaz de perdoar é incapaz de amar.”



**Quadro 1:** Temas e objetivos das Sessões

SESSÃO	TEMA	OBJETIVO
1	Introdução	Preparar os transgressores e as vítimas para participarem do Projeto Árvore Sicômora.
2	O que é o delito?	Examinar na Bíblia o que diz DEUS sobre o delito.
3	A responsabilidade	Compreender o que significa assumir a responsabilidade por ter cometido um delito.
4	A confissão e o arrependimento	Compreender o significado da confissão e do arrependimento.
5	O perdão	Compreender o significado, a força e a importância do perdão.
6	A restituição	Compreender a restituição como uma resposta ao delito.
7	Rumo à conciliação	Aproximar-nos rumo à cura e à restauração mediante o intercâmbio de cartas e convênios elaborados pelas vítimas e pelos transgressores que participam do projeto.
8	A celebração	Refletir e celebrar sobre a nova consciência que os membros do grupo têm com respeito ao delito e à cura.

Fonte: ÁLVAREZ, 2007, p. 120–126.

Tive acesso a um minudente relatório da Confraternidade Carcerária da Colômbia, relativo a 8 sessões do Projeto Árvore Sicômora, realizadas no Estabelecimento Penitenciário e Carcerário de Medellín “Bellavista”, no período de 05 a 12 de dezembro de 2007, com presos envolvidos em rebelião, narcotráfico, violência intrafamiliar, homicídio e furto.

Em 2007, foram dezenove os encontros, dos quais participaram 122 vítimas e vitimários, autores de delitos como furto qualificado e agravado, homicídio, tentativa de homicídio, rebelião, associação criminosa e formação de grupos armados à margem da lei com fins terroristas.

Veja-se uma síntese dos resultados de diferentes encontros nos anos 2004, 2005, 2006 e 2007:

Nestes ciclos restaurativos se logrou sensibilizar os participantes e apoiá-los a se disporem a melhorar suas vidas e as de suas famílias apesar das circunstâncias que lhes tocou viver, como vítimas e vitimários. O poder escutar testemunhos de cada um dos participantes permite a formação de uma cosmovisão da realidade que se vive na Colômbia desde o que foi expresso. Obriga a analisar fatos desconhecidos e que as circunstâncias não justificadas levam as pessoas a cometer erros que é difícil remediar. Os erros da criminalidade prejudicam vidas, porém, apesar do ocorrido, há um caminho que oferece uma saída; pode-se através da mudança de atitude remediar em certo grau os danos ocasionados. As vítimas sabem que a dor que sentem é muito forte, só o amor de Deus e seu poder podem sanar vidas que foram partidas para decidirem viver melhor apesar da dor consigo mesmo, suas famílias e a sociedade. Embora não seja fácil, as vítimas expressam interesse em falar com seus vitimários diretos e poder conhecê-los e estabelecer vínculos de amizade. A confissão para os vitimários lhes serviu para se liberarem de pesos enormes e terem oportunidade de mudanças positivas em suas vidas e na de suas famílias. A confissão que cada um manifestou ante todos e sem temor se expressou com arrependimento, com lágrimas e um pedido de perdão. Todos se declararam interessados no fato de que gostariam de poder encontrar-se com suas vítimas diretas e pedir-lhes o perdão. Este projeto serviu para que as pessoas avaliassem suas situações e se dispusessem a ajudar o outro e trazer benefício para a sociedade. Das 29 vítimas que participaram só uma afirmou não estar preparada para se encontrar com seu vitimário. As demais confessaram seu perdão e seu desejo de se encontrarem com seus vitimários diretos.

Durante as sessões realizadas se pôde dimensionar nas vítimas e transgressores a realidade que experimentaram através do sequestro. Nas vítimas, segundo os testemunhos, se ressaltam as vivências traumáticas de dor e de angústia que viveram durante esses momentos de cativeiro, provocando em suas vidas muitas mudanças (psicológicas, sociais, familiares entre outras), e que não somente as afetaram, senão também suas famílias. Nos transgressores, quanto às circunstâncias que os levaram ao ato delitivo do sequestro, mencionaram o seguinte: ambição de dinheiro, problemas econômicos, privação afetiva (materna

e paterna), conflitos familiares, pressão do grupo de amigos, pressão de grupos armados e situações de vingança. Neste ciclo, duas vítimas jovens não quiseram continuar porque o trauma do sequestro era tão forte que sentiam temor de entrar na prisão de Bellavista e encontrar-se com as pessoas que as haviam sequestrado. Em termos gerais, houve arrependimento dos transgressores e prometeram não voltar a cometer este fato e as vítimas expressaram seu perdão, embora tenha sido difícil para uma delas superar o trauma do sequestro.

Os participantes manifestaram seu agrado pelo programa, alguns expressaram seu desejo de mudar de vida, ser exemplo de vida para continuar vivendo. Um dos participantes declarou: “O programa destaca os valores de cada ser humano. Também permite avaliar em que se está atuando mal e em que coisas se está procedendo corretamente.” O grupo manifestou que o tema que mais lhe agradou foi o do perdão. Um deles disse: “O processo é interessante para pensar em responsabilidades, na família e na sociedade.” Deve-se aprofundar um pouco os temas, para poderem ter a oportunidade de afiançar e pôr em cena o que estão sentindo e o que estão pensando. Carlos Alberto Palacio disse que “É importante pensar nos efeitos reais deste trabalho.” Apresentou-se o caso de um participante que agrediu outro de seu bairro e serviu para avaliar o que fazer nestes casos, em que certas circunstâncias podem levá-lo a cometer um dano. O que mais destacam do programa são os valores que transmitem e a importância da autonomia, isto é, da liberdade responsável, quando eu mesmo me imponho as regras. Um deles disse: “A gente aprende com os erros de um ou com os erros que outros cometem. A gente deve ser responsável por todos os atos. Se uma pessoa se embriaga e sabe que quando está sob os efeitos do álcool pode causar um dano a outro não deveria beber. Isso é ser responsável.”

É a segunda experiência de reunir as vítimas com seu vitimário de forma direta. O coordenador do pátio 4º no E.P.C. Bellavista e dois de seus companheiros de pátio participaram deste encontro. Uma senhora e seu filho foram vítimas ao perder o esposo-pai em um massacre. O vitimário confessou os fatos, dos quais as vítimas não tinham nem a menor ideia que era ele. Ao final, isto resultou num momento em que se encontraram muitos sentimentos e manifestação de perdão por parte das vítimas. Os dois companheiros que acompanharam o vitimário foram condenados

precisamente pela morte desta pessoa sendo inocentes, conquanto confessassem outros delitos dos quais não foram acusados (QUESADA, 2009, p. 116–117).

Eis quatro testemunhos de anônimos internos da Prisão Bellavista, integrantes voluntários dos Ciclos de JR Árvore Sicômora, com o selo de qualidade da Confraternidade Carcerária da Colômbia:

Estava trabalhando na área de vigilância e um desses dias alguém me buscou para discutir, porém como eu me deixei levar pela ira me defendi, e em excesso, porque pensei que se o deixasse vivo me mataria, era a vida dele ou a minha. A ira senti muitas vezes e não controlá-la me levou a matar. Em muitos casos minha vida foi assim, não me deixando ajudar, nem sequer minha família, sempre com um ódio aos demais. Agora depois de viver o ciclo de JR gostaria de ajudar essas crianças que ficaram sem pai pelo que fiz; e foi que no dia da sentença ante o juiz, observei essas crianças, só com a mãe. Peço-lhe perdão a Deus e espero que o destino me dê a oportunidade de emendar o dano que fiz.

Aqui se aprende a valorizar o sentido da reconciliação, oxalá possa encontrar-me com minha vítima para demonstrar quanto desejo seu sorriso e que acredite em mim.

Oxalá se essa pessoa que tanto feriu, eu pudesse ver seu olhar de reconciliação comigo. Eu, por minha parte, quero livrar-me do rancor e sentir que esses olhos acusadores já me perdoaram.

*A mim me mataram dois de meus filhos e me culparam de um fato que eu não realizei; por isto estou condenado a muitos anos de prisão. Vejo os que mataram meus filhos no pátio todos os dias e já os perdoo e espero que em algum dia se arrependam e eu possa conversar com eles. O fato de me ter encontrado com Deus na prisão me ajudou a sanar a dor de perder dois filhos que adorava, ainda os adoro, porém já não estão<sup>3</sup>.*

*De igual significado é o relato de duas vítimas, partícipes de um dos Ciclos da Prisão Bellavista:*

3 Grupo de Investigación JUSTICIA RESTAURATIVA – Universidad Pontificia Bolivariana. Último acesso em: 25 dez. 2011.

Como vítima aprendi através desta experiência que devo perdoar. Se fosse o caso eu estaria disposto a me encontrar com quem matou meu irmão e perdoá-lo.

Quisera encontrar-me com quem matou meu Tio e lhe perguntar por que o fez. Estaria disposto a estabelecer um diálogo com esta pessoa e perdoá-la. Meu Tio era muito especial para mim<sup>4</sup>.

Estive, em novembro de 2011, na Prisão Bellavista, levado por Lácides Hernández Álvarez, e mantive encontros restaurativos com dois grupos de presos, que participavam do Projeto Árvore Sicômora. Foi impactante escutar o testemunho de homens que confessaram a prática de inumeráveis delitos (um deles me disse que lhe pagavam para matar) e ali estavam reconhecendo seus erros, sua culpa, e perseguindo a reconciliação consigo mesmos e com os demais. Nessa mesma prisão, em outubro de 2007, setenta e cinco guerrilheiros fizeram uma confissão pública de seus delitos, pediram perdão às suas vítimas e assumiram o compromisso de abandonar os bandos criminosos a que pertenciam.

As práticas restaurativas se disseminaram pelos cárceres colombianos. Uma delas se deu com três grupos: a) internos do Centro Penitenciário e Carcerário “Villa Hermosa” de Cali, ex-integrantes das FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, criadas em 1964; o mais antigo e preparado grupo insurgente da América do Sul, autodenominado organização político-militar, de orientação marxista-leninista), ELN (Exército de Libertação Nacional, criado em 1965, o segundo maior grupo guerrilheiro da Colômbia, de inspiração comunista e também de natureza político-militar); e AUC (Autodefesas Unidas da Colômbia, consolidadas como organização paramilitar de extrema direita na década de 1990 e que já fez parte do conflito armado do país de Gabriel García Márquez e Alfonso Carvajal); b) vítimas do conflito armado; c) representantes da comunidade (estudantes universitários).

A experiência (levada a efeito em quatro fases: entrevista em profundidade; pré-encontros, encontros e pós-encontros) é descrita por Ángela María Cadavid e Alejandro Carvajal em “Poder y Resistencia: Cárcel y Justicia Restaurativa en Medio del Conflicto Armado Colombiano”, disponível na web.

Transcrevo um fragmento da prática, através da qual se tem uma noção do que gera em seus participantes:

---

4 Relatório do Programa Árvore Sicômora, Grupo III, Confraternidade Carcerária da Colômbia, 2007.

Entabulou-se uma relação de diálogo com as vítimas que foi de alto impacto. Produziu-se empatia entre os participantes, evidenciada na forma de se saudar que terminou sendo efetiva (beijo e abraço), de se dispor fisicamente nos espaços (misturados), nos diálogos espontâneos antes de iniciar cada sessão e em término, e na despedida emotiva. Os ofensores lograram compreender os efeitos de seus atos a um nível que não haviam manifestado antes: “Que penso? Com os deslocados a gente sente essa dor; porque é algo que... A gente se sente impotente!” (Samuel [ELN], encontro restaurativo, 2008), e pediram perdão por seus atos reiterativamente, tanto nos encontros, de frente a frente às vítimas, como nos pós-encontros, enviando mensagens de solidariedade, apreço e vergonha pelos fatos cometidos. Nas palavras de Efrén: “Eu estou arrependido de coração e quero sair disto e apoiar minha família e ajudar todos os senhores, exorcizar-nos e alguma vez como lhe digo de parte minha, posso ajudá-los”. (Efrén [ELN], encontro restaurativo, 2008).

Estas verbalizações, por sua vez, demonstraram uma atitude reparatória, em termos de querer dizer a verdade sobre os crimes cometidos, sobre o oferecimento de apoio às comunidades para reconstruir-se, e no caso de Samuel, inclusive uma conduta restaurativa, ao oferecer às vítimas um presente que ele mesmo havia tecido no terceiro dia de encontros: Ou seja, era como uma forma de contribuir para, como dizer, “Bom, queremos a paz, então olhe eu... estou sendo flexível porque... porque este, não estou assistindo por assistir, nem estou falando por falar senão que estou falando de coração e estou fazendo isto para que me entendam que sim, sim, quero fazer algo pelos senhores. Olhe, isto para mim significa muito”, essa era mais ou menos a intenção. (Samuel [ELN], pós-encontro, 2009. (Idem, p. 41)

O processo logrou gerar certas técnicas restaurativas. Posterior às entrevistas avaliativas (pós-encontros), os participantes, ex-membros do ELN, formaram um grupo de discussão dentro do pátio de aproximadamente 7 a 10 pessoas sobre temas de paz e ressocialização, e buscaram espaços de diálogo extramuros para debater estes temas em emissoras locais e com outros acadêmicos, quebrando a cotidianidade carcerária através de estratégias pacíficas. Os investigadores receberam, ademais, constantes petições para reproduzirem o processo com novos internos que se haviam interessado pelas oficinas de Justiça Restaurativa... (Idem, p. 42)

## 2. BOLÍVIA

Depois da visita a Medellín, fomos a La Paz, onde visitamos a Prisão de San Pedro. Lá, representantes da Confraternidade Carcerária de Oruro-Bolívia ministraram, em 2011, três cursos de *Árvore Sicômora*.

Sobre a Prisão de San Pedro, construída no ano de 1895, há que agregar, para submergirmos neste peculiar âmbito de aplicação da *Árvore Sicômora*: trata-se de um estabelecimento muito diferente dos demais, já que tem ruas, praças, igrejas, restaurantes, barbearias, salas de bilhar etc., em oito seções, das quais pude visitar quatro. Há zonas de isolamento, que também conheci. Cerca de 200 famílias vivem atrás das grades, havendo autorização para que as mulheres e as crianças possam sair, sem nenhum problema. Os que têm dinheiro desfrutam de privilégios e certo conforto, provavelmente mais do que muitos de fora.

Até pouco tempo se podia contratar um tour por seu interior em agências turísticas da cidade. Não se sabe de ciência certa quantas pessoas lá residem, mas se fala que seriam mais ou menos 1500 presos, condenados ou aguardando julgamento. É tudo absolutamente estranho, insólito, mesmo para os padrões latino-americanos. Como as leis são rígidas no atual governo e é elevada a corrupção, é possível deparar com ex-prefeitos e ex-presidentes de empresas estatais. Segundo nos disseram, a prisão inspirou a série *Prison Break* (que recomendo para quem gosta do gênero, assim como a série norte-americana *Oz* e a mexicana *Capadocia*), na qual os protagonistas ingressaram num cárcere governado pelos próprios internos, fenômeno conhecido por autogoverno.

San Pedro me fez recordar a prisão La Mesa, em Tijuana, México, na fronteira com San Diego. Visitei-a por primeira vez em 1999 quando sua capacidade era de 2800 presos, porém albergava 5094, homens e mulheres, provisórios e condenados. Lá viviam 180 famílias, inclusive crianças. Muitos internos se alojavam em apartamentos construídos pela própria população carcerária. Outros ficavam em dormitórios, em carpas (tendas) ou simplesmente circulavam sem teto pela prisão. Lá se fez famoso *El Pueblito*, com seus bares, restaurantes, quiosques, salão de cabeleireiros, cafeterias etc., onde pude ingressar em minha segunda visita, em 2011, um ano antes da decisão do governo do Estado da Baixa Califórnia de tomar posse desta área, terminando assim esse deplorável capítulo da história do sistema penitenciário mexicano.

Em San Pedro, um dos grupos do Curso era composto por nove internos envolvidos no tráfico de drogas controladas. Ante os resultados alvissareiros, anunciou-se a disposição de fazê-lo de modo regular.

Com vistas à capacitação de pessoal que faça a diferença, a Confraternidade Carcerária da Bolívia, o Centro Multidisciplinar de Investigação e Comunicação Social, *Prison Fellowship International* e o ILANUD realizaram no período de março a junho de 2012, na modalidade virtual, um Curso de Extensão em Justiça Restaurativa na Bolívia, destinado a assistentes sociais, médicos, psicólogos, psiquiatras, advogados, professores e outros profissionais, do setor público e privado, relacionados com o tratamento penitenciário ou que tinham interesse no tema.

### **3. GUATEMALA**

A Confraternidade Carcerária da Guatemala (CC da Guatemala) realizou cursos de *Árvore Sicômora* em dois centros penitenciários, assim como seminários de capacitação de agentes prisionais, ministros de culto e voluntários, cujos objetivos são: capacitar nas práticas restaurativas os visitantes regulares das prisões; orientar os participantes para o desenvolvimento do programa nos cárceres onde exercem suas funções; estabelecer metas e objetivos para o Programa *Árvore Sicômora* em terras guatemaltecas.

### **4. OUTROS PAÍSES**

O Projeto *Árvore Sicômora* se adota em países dos cinco continentes (Austrália, Brasil, Coreia do Sul, Costa Rica, Escócia, Estados Unidos, Filipinas, Holanda, Hungria, Inglaterra, Irlanda do Norte, Ilhas Cayman, Nova Zelândia, País de Gales, Panamá, Ruanda etc.). A seguir, o testemunho de reclusos e vítimas dos Estados Unidos e da Nova Zelândia, que aparecem no Manual Projeto *Árvore Sicômora*, da CCI:



## **4.1. Testemunho de Presos**

Na realidade, nunca antes havia pensado nas vítimas. Eu pensava que meu delito (tráfico de drogas) não tinha vítimas. Já não creio nisso. O melhor do programa foi o contato direto com as vítimas. Tudo era autêntico, da vida real. Não era como em uma aula, com um professor. Isto sim merece atenção. (Estados Unidos)

Antes queria me suicidar, agora tenho esperanças. Quando me incorporei à *Árvore Sicômora* minha vida era um desastre. Agora vejo que há um caminho adiante. Quando vi a capacidade de perdoar que mostrou [uma vítima participante], compreendi que me seria possível suportar qualquer golpe da vida. (Nova Zelândia)

## **4.2. Testemunho de Vítimas**

Não tenho palavras para descrever o projeto... Ganhou vida própria... foi como um estalido, uma experiência que não esquecerei jamais. Foi uma experiência que agradeço. Recordo tudo com assombro e admiração. (Estados Unidos)

Foi uma experiência que mudou minha vida. Em minha condição de vítima de um delito, necessitava muitas respostas a muitas perguntas. Ainda não tenho todas as respostas, porém creio que agora sou uma melhor pessoa, mais compreensiva e mais capaz de perdoar que antes, e estas características se fortalecem cada vez mais dentro de mim. (Nova Zelândia) (QUESADA, 2009, p. 131–132).

A Confraternidade Carcerária Internacional, concluindo, dá conta da expansão do Projeto, em um ritmo imparável, estimulando uma experiência que, embora possa ser criticada por seu conteúdo religioso, tem a seu favor a unanimidade de seus (ex) participantes.

## REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ. Lácides Hernández. **Justicia Restaurativa, Teorización, Implementación y Aplicación en el Contexto Colombiano**. Medellín: Universidade Pontifícia Bolivariana, Escola de Ciências Sociais, Faculdade de Pós-graduação em Desenvolvimento, Mestrado em Desenvolvimento, 2007.

NELSON, Wilton M. (Ed). **Nuevo Diccionario Ilustrado de la Biblia**. EUA: Editora Caribe, 1998.

OTTOBONI, Mário. **Seja Solução, não Vítima!:** Justiça Restaurativa, Uma Abordagem Inovadora. São Paulo: Cidade Nova, 2004.

QUESADA, Carlos Brenes. **Justicia Restaurativa: Una Herramienta para la Solución al Fenómeno de la Criminalidad Costarricense**. Monografia para obtenção do grau de Licenciatura em Direito, Curso de Direito, Universidade Fidélitas. San José, Costa Rica, julho de 2009.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)  
— OS DESAFIOS DO BLOCO NO  
CENÁRIO INTERNACIONAL

---

*Alexandre Gonçalves Martins*  
*Ricardo Augusto Dias da Silva*



## INTRODUÇÃO

O tema que este artigo acadêmico se propõe a analisar se refere às várias nuances do bloco econômico com maior experiência na América do Sul, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL ou MERCOSUR), apresentando, de modo geral, os aspectos mais relevantes na contemporaneidade da formação regional, perpassando pelo esforço histórico, desde sua idealização com a antiga Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), bem como a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, como marco constitutivo da atual fase de integração, seus protocolos e documentos oficiais posteriores.

A abordagem também contempla aspectos da estrutura e normatividade do bloco, destacadamente sobre o Protocolo de Ouro Preto, estabelecendo uma cronologia dos principais textos normativos na relevância continental, contextualizando com a geopolítica e relações internacionais recentes, no cenário global, na perspectiva de lhe conferir contemporaneidade.

Por derradeiro, apontam-se os desafios que os países membros enfrentam para dar prosseguimento à formação regional, sugerindo-se alguns apontamentos para consolidação e contribuição do MERCOSUL à sociedade internacional, diante, por exemplo, da recente formalização do Acordo Trans-Pacific Partnership – TPP, que reúne aproximadamente 40% da economia mundial, bem como os imensos desafios internos do bloco, perante divergências nas políticas de relações internacionais dos países membros — não sendo tão somente a assimetria entre as economias regionais como fator gerador de dificuldades na integração econômica (CRETILLA NETO, 2010, p. 106), do alinhamento político que se evidencia na alternância de poder ocorrida no continente que, não raro, enseja a emersão de tensões, que geram desgastes e dificultam o prosseguimento da consolidação do MERCOSUL.

### 1. MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL) — OS DESAFIOS DO BLOCO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

A partir dos avanços tecnológicos e científicos, sem qualquer precedente, que tomaram espaço no final do século XVIII, com a utilização de máquinas na

produção em escala industrial de bens de consumo e na execução de serviços, acentuou-se o fenômeno, hoje denominado como globalização ou mundialização. Sobre o tema e contrapondo-se à tradicional concepção predominantemente econômica do fenômeno global, Boaventura de Sousa Santos leciona:

Para meus objectivos analíticos, privilegio, no entanto, uma definição de globalização mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais. Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenómenos de globalização. Nesses temos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existe em vez disso, globalizações; em rigor este termo só deveria ser utilizado no plural. [...] a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival (SANTOS, 1997, p. 16).

A partir da década de 1960, com o Tratado de Roma, ato criador da Comunidade Econômica Europeia, abriu-se margem à formação, em larga escala no globo, de acordos econômicos, aduaneiros e comerciais, que em determinados casos acabaram por resultar na consolidação dos blocos econômicos, tais como o Mercado Comum do Sul, Mercosul ou Mercosur, na grafia das línguas oficiais dos países membros.

No âmbito do estabelecimento de relações jurídicas e/ou compromissos internacionais, os tratados e seus instrumentos decorrentes constituem elementar fonte do direito internacional público, sendo que no MERCOSUL cada Estado membro exerce sua soberania no sentido de estabelecer o trâmite interno do processamento dos pactos. Considerando regra constitucional que assegura a independência e soberania do Estado, o tratado internacional poderá ser denunciado a qualquer tempo, contudo, sendo vedado a superveniência de normas internas que conflitem com o texto do documento internacional assinado, sob pena de inconstitucionalidade (MELO, 2012, p. 25).

Na dimensão do processamento dos Tratados Internacionais<sup>1</sup>, no que se refere aos seus aspectos conceituais, sobre este instituto, Valério Mazzuoli tece seus apontamentos:

---

<sup>1</sup> A definição de tratado internacional encontra seu fundamento em texto internacional que fora elaborado especificamente durante a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ocorrida em 1969, postulando no seu art. 2º, §1º, alínea a, estabelecendo: “tratado” significa um acordo

Arnold Duncan MacNair, o conhecido Lord MacNair, em sua obra clássica sobre Direito dos Tratados, com base nos primeiros relatórios de Lauterpacht para a CEDI, chegou a definir tratado como “um acordo escrito, por meio do qual dois ou mais estados ou organizações internacionais criam ou pretendem criar uma relação entre eles para produzir efeito na esfera do direito internacional (MAZZUOLI, 2014, p. 181)”.

Na esteira do processamento dos tratados, no ordenamento interno do Brasil, após o Presidente da República e/ou seus auxiliares celebrarem o acordo ou tratado internacional, o texto do documento internacional é submetido ao referendo do Congresso Nacional, nos casos que se resultem em compromissos gravosos ao patrimônio nacional (arts. 84, VIII, e 49, I, da CF/1988). O Poder Legislativo em sua manifestação, quando positiva, ocorre por meio de Decreto Legislativo, logo após a assinatura do tratado. Posteriormente, ratifica-se no plano internacional, novamente, para ser remetido à promulgação por meio de Decreto Presidencial, tendo seus efeitos somente após a sua publicação imediata ou respeitando o prazo determinado pela *vacatio legis*.

Observa-se, nesta direção, que a própria Carta Política Brasileira estabelece no seu texto (art. 4º, parágrafo único da CF/88): “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, constatando-se que a integração dos países que atualmente compõe o Mercado Comum do Sul é missão constitucional do Estado brasileiro, bem como da Venezuela, Argentina, Uruguai, Paraguai, nos seus respectivos textos constitucionais.

O fenômeno da regionalização ou formação de blocos econômicos é um direcionamento que a economia e política global seguiram, a partir da década de 1960, com a criação da Comunidade Econômica Europeia (CEE), buscando integração dos mercados de países membros e a subsequente maior competitividade dos produtos oriundos do bloco no comércio internacional (ACCIOLY, 2010, p. 45). Na elaboração de decisões políticas internacionais em sede das organizações internacionais, tais como ONU e OMC, a força de políticas integracionistas das formações regionais faz-se notável.

---

internacional concluído por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

É nesse sentido que o MERCOSUL deve se inserir para o fortalecimento das relações políticas e econômicas do Cone Sul, aumentando significativamente a relevância de mercado, inserção, portanto, decisiva em uma economia que cada vez mais se apresenta interconectada e global, a exigir soluções econômicas, de forma agrupada, para os problemas das mais variadas ordens.

A busca pela integração econômica regional, não se limita ao seguimento de ‘tendências’ da sociedade internacional, que em um contexto de globalização é imperativo para aqueles Estados que buscam maior competitividade de seus produtos no mercado internacional e o conseqüente fortalecimento das suas economias internas, também representando maior robustez das relações internacionais, regionalmente consideradas, para conferir ainda mais relevância política e econômica em negociações no mercado de capital e de bens internacionais.

Na análise do fenômeno internacional da regionalização de blocos no mundo, verificam-se algumas etapas de integração que os países membros, de determinado acordo internacional, devem suceder-se, tais como, as Zonas Preferenciais, Zonas de Livre Comércio, União Aduaneira e Mercado Comum, este podendo ainda ter a forma de União Econômica e União Econômica Total (GOMES, 2010, p. 57). O Mercosul está no limiar de uma União Aduaneira e um Mercado Comum, considerando que esta etapa requer a livre circulação de pessoas, bens e capitais.

O lançamento dos eixos fundamentais para a posterior criação da formação regional sul americana, ocorreu a partir da década de 60 do século passado, com a abertura de discussões entre os países latino-americanos — para a constituição de um mercado econômico integrado com objetivo de incrementar a economia regional dos países signatários — resultando na criação da Associação Latino-Americana do Livre Comércio (ALALC), em 18 de fevereiro de 1960 e, posteriormente, a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), criada em 12 de abril de 1980. Essas tentativas, apesar dos esforços de, praticamente, trinta anos entre os países latino-americanos para estabelecer uma política econômica comum, que beneficiasse mutuamente os Estados participantes, não lograram o êxito esperado, seja por fatores externos como a crise do petróleo na década de 1970, seja pela instabilidade política dos governos — em um momento de baixa densidade do Estado Democrático de Direito — e a fragilidade das economias locais, acarretando um processo de contração da quantidade de acordos bi/multilaterais em matéria econômica



celebrados na região sul-americana e a desconfiança entre países como Brasil e Argentina, fator que em menor grau, perdura até os dias atuais, contribuindo para a desaceleração do processo de integração que o Mercosul sempre buscou como objetivo fundamental, diga-se, para o qual foi concebido.

O MERCOSUL, acrônimo para Mercado Comum do Sul, consolidou-se a partir do Tratado de Assunção, assinado em 26.03.1991, tendo por sua finalidade a criação de um mercado comum entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, sendo aprovado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo nº 197/1991, publicado em 27.09.1991. O Brasil ratificou o acordo em 30.10.1991, pelo Decreto nº 350/1991, entrando em vigor em 29.11.1991, passando o MERCOSUL a existir oficialmente e estabelecido somente a partir de 31.12.1994.

O membro efetivo mais novo da formação regional sul-americana é a República Bolivariana da Venezuela<sup>2</sup>, passando a integrar o bloco, como membro efetivo recente, após a polêmica aprovação do congresso paraguaio, ocorrida em 18.12.2013. Importante ressaltar para fins de atualização da política integracional do MERCOSUL, a ocorrência, em Brasília, no dia 17.07.2015, da 48ª Cúpula de Chefes de Estado do bloco, sendo na ocasião assinado pelos representantes dos países membros efetivos, o protocolo de adesão<sup>3</sup> de um novo membro, o Estado Plurinacional da Bolívia, contudo ainda aguardando a aprovação dos respectivos congressos brasileiro e paraguaio, já tendo sido aprovado previamente pela Argentina, Uruguai e Venezuela<sup>4</sup>.

No cronograma oficial do bloco estava previsto inicialmente três fases: I — Zona de Livre Comércio, durante o período de transição entre 26.03.1991 a

---

2 À época da aprovação no Congresso paraguaio para a participação da Venezuela como membro do MERCOSUL, foi amplamente veiculada pelos meios de comunicação. A dissidência ocorrida até a finalização do processo, quando o governo paraguaio do presidente Fernando Lugo, opositor da entrada do país caribenho, sofreu impeachment, movimento considerado antidemocrático pelos demais membros do bloco, motivo pelo qual o país fora suspenso, e na oportunidade a aprovação da Venezuela foi obtida pelos demais países membros remanescentes. O Conselho do Mercosul, no intuito de resolução da crise diplomática, permitiu a volta do Paraguai após o presidente eleito Horacio Cartes ratificar a decisão tomada pelo restante do bloco durante a suspensão. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/congresso-paraguaio-aprova-entrada-plena-da-venezuela-no-mercosul.html>>. Acesso em: 16 set. 2015.

3 Protocolo de adesão aprovado pelo Conselho do MERCOSUL por meio da decisão MERCOSUL/CMC/DEC. 13/15, artigo 1º, assinado em 16.09.2015.

4 Notícia está disponível em: <<http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/8270/2/parlasur/bolivia-a-pouco-de-ser-membro-pleno-do-mercosul.html>>. Acesso em: 17 set. 2015.

31.12.2005; II — União Aduaneira, no período de consolidação de 01.01.1995 a 31.12.2005 e a fase III — Mercado Comum: iniciada em 01.01.2006, atual estágio formal, pendente de concretização.

Dentre os objetivos estabelecidos pelo art. 1º do Tratado de Assunção<sup>5</sup>, foi pactuado como cláusulas fundamentais do Mercado Comum do Sul: “A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente”; a adoção de Tarifa Externa Comum, e adoção de política comercial comum entre os Estados membros, direcionada para os demais países da sociedade internacional, ainda coordenando posições em foros econômico-regionais e internacionais; o estabelecimento de políticas macroeconômicas e setoriais entre os países membros do bloco (de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem), com o objetivo de garantir condições favoráveis de concorrência intrabloco; bem como o compromisso no processo de harmonização legislativa, em áreas estratégicas para os Estados partes, na busca do processo de maior integração. A partir desse contexto, a compreensão da conceituação de livre comércio é necessária para se considerar a dinâmica econômica-comercial dos blocos econômicos; o livre comércio estaria situado em uma interseção entre o livre-cambialismo puro ou liberalismo e o protecionismo das economias internas, no qual os gravames aduaneiros devem respeitar limites, para uma concorrência equilibrada, com os produtos nacionais (MARQUES, 2006, p. 68).

Nesse sentido, dentre os preceitos fundamentais estabelecidos pela Carta de Assunção, em 1991, como princípio, temos a formulação de políticas econômicas entre os países membros com a finalidade de “assegurar condições adequadas de concorrência”, bem como a harmonização das legislações para fortalecer o processo de integração do bloco.

O objetivo primeiro do Tratado de Assunção é a integração dos Estados Membros para livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), a adoção de uma política comercial comum, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e a harmonização de legislações nas áreas pertinentes. Em 1994, foi

---

5 Documento internacional disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5908/1/tratado\\_de\\_assunc%C3%A3o\\_pt.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5908/1/tratado_de_assunc%C3%A3o_pt.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2015.

aprovado o Protocolo de Ouro Preto<sup>6</sup>, o qual estabelece a estrutura institucional do MERCOSUL e a ele atribui personalidade jurídica internacional.

O MERCOSUL, conforme estabelecido no Protocolo de Ouro Preto, tem como órgãos que compõem sua estrutura institucional: o Conselho do Mercado Comum (CMC), “órgão superior ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum”<sup>7</sup>; o Grupo Mercado Comum (GMC), órgão executivo; a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), encarregada de assistir o Grupo Mercado Comum; o Parlamento do Mercosul (PARLASUL), constituído no dia 06 de dezembro de 2006, em substituição à antiga Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), desempenhando função de órgão representativo dos Paramentos dos Estados Partes; o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES), órgão de representação dos setores econômicos e sociais; e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM), órgão de apoio operacional.

Da análise normativa dos órgãos que compõem o Mercado Comum do Sul é perceptível o estabelecimento de críticas. Neste sentido, Eduardo Biacchi assevera:

Muito se tem questionado se o Tribunal Arbitral do MERCOSUL não poderia ser considerado um efetivo órgão que garanta e fiscalize a correta aplicabilidade das normas, no âmbito do bloco, porque, devido à sua natureza, não é uma instituição permanente e tem como finalidade resolver disputas comerciais entre os Estados, carecendo também de um mecanismo capaz de dirimir controvérsias entre particulares. Contra os Estados que descumpram o laudo arbitral são usados recursos previstos no Direito Internacional Público — diplomacia, medidas de efeito equivalente em sanções previstas nos próprios tratados ou nos laudos arbitrais. Em decorrência de tais aspectos, indagamos se seria correto afirmar que as normas oriundas dos órgãos do MERCOSUL carecem de efetiva coercibilidade e sanção, uma vez que se sujeitam aos mecanismos e procedimentos clássicos do Direito Internacional Público (GOMES, 2010, p. 56).

Nessa linearidade de raciocínio e da estrutura do bloco, sustenta-se que há carência de coercibilidade e efetiva sanção jurídica — com um sistema

6 Promulgado em 1996, pelo Decreto nº 1.901/1996.

7 Decreto nº 1.901/1996.

vinculativo de solução de conflitos entre partes oriundas dos territórios nacionais dos países membros — considerando a ausência de princípios próprios, a exemplo dos que regem o direito internacional público, resultando em períodos de negociações entre os Estados partes para convergência de mútuos interesses. Não há, portanto, a presença de instituição com poderes supranacionais para resolução dos conflitos de interesses que, naturalmente, surgem entre as pessoas físicas e jurídicas, estas de direito privado interno e público internacional, que confira a segurança jurídica necessária para os cidadãos, empresas e Estados integrantes da formação regional.

Não obstante, ainda acerca dos aspectos estruturais do bloco, verifica-se a criação em dezembro do ano de 2006 do PARLASUL, a partir da assinatura pelos Estados Membros do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul<sup>8</sup>. O PARLASUL ou PARLASUR possui competências semelhantes ao seu antecessor, a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), representando os interesses dos cidadãos dos países-membros e dos Estados em processo de adesão como a República Plurinacional da Bolívia e Estados associados, estes últimos apenas com direito de voz nas sessões plenárias; caracterizando-se apenas órgão de natureza consultiva, ao Conselho do Mercado Comum, Grupo do Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul, não possuindo eleições diretas de seus representantes<sup>9</sup>, os quais são indicados pelos Estados partes (NUNES JUNIOR, 2010, p. 35). Os parlamentares possuem mandato comum de 04 (quatro) anos, podendo ser reeleitos (art. 12 do Regimento Interno do Parlamento do Mercosul). O Parlasul subdivide-se em três órgãos: a mesa diretora, as comissões e o observatório da democracia<sup>10</sup>.

8 A íntegra do documento está disponível no sítio oficial da instituição: <[http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/7555/1/protocolo\\_pt.pdf](http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/7555/1/protocolo_pt.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

9 No que se refere à escolha direta dos representantes junto ao Parlasul, o Paraguai foi o primeiro Estado parte a elegê-los diretamente, seguindo o mesmo compromisso a República Argentina comprometeu-se no ano de 2015 ou no início de 2016 proceder às eleições diretas; nesse diapasão, o Brasil ainda não definiu a data de suas eleições para o Parlasul, ocorrendo provavelmente em 2020 com os demais países membros; o Uruguai estipulou suas eleições em 2019; sendo que o último membro a escolher diretamente seus parlamentares será a República Bolivariana da Venezuela e posteriormente a Bolívia quando ocorrer sua efetiva entrada no Mercosul como membro efetivo.

10 De acordo com o protocolo constitutivo do Parlamento do Mercosul, a instituição possui o máximo de 187 cadeiras, sendo que atualmente 122 são ocupadas, das quais de acordo com a distribuição demográfica dos Estados membros, o Brasil ocupa 37 cadeiras das 75 que possui; a Argentina ocupa 26 cadeiras das 43 disponíveis; o Uruguai ocupando a sua totalidade de 18 cadeiras e onde se estabelece a sede do Parlasul; a Venezuela ocupa 23 das 33 cadeiras

Os parlamentares que atuam junto ao Parlamento do Mercosul, muito têm debatido, nesta quase uma década de sessões plenárias, sobre a necessidade de aumento de suas competências, para além das previstas inicialmente no art. 4º, do protocolo constitutivo do órgão, com intuito de conferir maior autonomia para realização de estudos e propostas de harmonização das legislações dos países membros. A eleição direta e específica para os parlamentares do MERCOSUL deve conferir maior representatividade e legitimidade ao PARLASUL, o que só deverá ocorrer entre todos os integrantes do bloco até 2020.

O MERCOSUL tem como objetivo base, o aperfeiçoamento da união aduaneira até a formação completa de um mercado comum, envolvendo além de matéria tarifária e tributária, também o tratamento de assimetrias em ordens diversas, tais como direito ambiental, cooperação judiciária, inexistência de concessão de visto para trânsito de cidadãos entre os territórios dos países membros, etc. É dizer, para a integração das políticas fiscais, deve buscar-se também a concorrência estrutural e coesão social.

Além dessas matérias, também foram incluídas em uma nova agenda para o MERCOSUL pretensões em áreas relevantes como Ciência, Tecnologia, Inovação e Capacitação, cabendo destaque para a criação da Rede MERCOSUL de Pesquisa<sup>11</sup>.

Essa política de integração serve para proporcionar uma equalização de condições e favorecer o desenvolvimento dos Estados Membros, não sendo viável se atingir o efetivo desenvolvimento e ainda existirem abismos na distribuição de riquezas e impossibilidade de acesso a determinados bens e serviços.

Não são diminutas as expectativas postas sobre a criação e operacionalização do Mercado Comum do Sul, seja pela sua grande latência e seu extraordinário potencial — pela grande quantidade de recursos naturais e humanos que a América do Sul representa<sup>12</sup> em contribuição para a economia global — seja

---

que lhe cabem; bem como o Paraguai ocupa sua totalidade de 18 cadeiras. Informação disponível em: <<http://www.parlamentodelmercosur.org/parlasur/innovafront/parlamentar.jsp?&contentid=7407&channel=parlasur&site=2&rightid=7631>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

11 Rede MERCOSUL de pesquisa foi criada pela Decisão MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 53/12, com texto na íntegra disponível em: <[http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC\\_053\\_2012\\_p.pdf](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC_053_2012_p.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

12 De acordo com relatório elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2008, a América do Sul possuía cerca de 388.000.000 milhões de habitantes, sendo detentora de vastas reservas de recursos naturais, fauna e flora, sendo que o setor de mineração inclui a extração de petróleo, cobre, estanho, manganês, ferro, urânio e outras commodities, além de destacada posição em

pela própria condição peculiar, de países emergentes, em desenvolvimento e com grande heterogeneidade de suas populações e vontade política de consolidar a autodeterminação dos seus povos.

O caráter, relativamente recente do sinuoso processo de democratização na América Latina, em sua grande maioria a partir dos anos 80, emerso de um período ditatorial nos países do continente, acabou por propiciar condições favoráveis para a incorporação nos ordenamentos internos, de importantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1993, e no Brasil apenas em 1998 (PIOVESAN, 2014a, p. 134).

É nesse contexto político que o processo de integração da América Latina aprofunda-se de maneira considerável, com a assinatura de acordos bi/multilaterais, e especificamente no cone sul com a assinatura do Tratado Constitutivo do Mercosul em 1991, em Assunção.

A partir deste momento histórico, é perceptível que não se estimulou, entre as populações integrantes dos países membros, a cultura política de comunidade, nem foram criados elementos característicos de formações regionais mais avançadas, como uma moeda única, uma Corte de Justiça com jurisdição supranacional — inclusive a criação de órgão colegiado incumbido de elaborar revisão e/ou reforma de decisões proferidas pela Corte de Justiça — eleições diretas para parlamentares de órgão efetivamente independente da esfera executiva com poderes legislativos de representação dos povos. O MERCOSUL ainda caminha para avançar no seu processo de integração com a criação de instituições com legitimidade e governabilidade necessárias para orientar uma política uniforme entre seus Estados partes.

Os esforços diplomáticos despendidos para a formação de um mercado comum na região da América do Sul, apesar de não ser um fenômeno isolado no mundo, têm suas peculiaridades e desafios a serem enfrentados, nos diferentes planos de natureza histórica e política, na questão da dinâmica dos sujeitos de direito internacional e, principalmente, nos desafios da integração econômica e fiscal.

---

produtos agrícolas e geração de energia a partir de recursos hídricos. Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/>>. Nesse mesmo sentido ainda obtém-se dados confiáveis no IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), disponível em: <[http://ibge.gov.br/home/geociencias/recursosnaturais/diagnosticos\\_levantamentos/default.shtm](http://ibge.gov.br/home/geociencias/recursosnaturais/diagnosticos_levantamentos/default.shtm)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

Considerando a segunda metade do ano de 2015, o cenário que o comércio internacional apresentou, resta evidente que mudanças ocorrem com notória dinâmica, representada principalmente pelo Acordo de Parceria Econômica Estratégica Trans-Pacífico (Trans-Pacific Partnership – TPP), reunindo aproximadamente 40% da economia mundial, possuindo, por membros, economias como a dos EUA, Austrália, Brunei, Canadá, Chile, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Cingapura, Vietnã e México. Tal acordo de livre comércio coloca em xeque as últimas décadas da política comercial de membros do MERCOSUL, notadamente a brasileira, acelerando as decisões políticas da maior economia do bloco, antes, predominantemente passivas no âmbito do MERCOSUL e da OMC, privilegiando políticas multilaterais.

Nesta direção, no cone sul, depreende-se que a política externa brasileira, e consequentemente o MERCOSUL, teve sua influência reduzida, considerando que países como México, Chile e Peru passaram a ter uma aproximação político-comercial maiores com os mercados do “círculo de fogo” (Pacific Rim), aumentando dessa forma, a pressão interna no país mais economicamente desenvolvido do bloco, o Brasil, para uma maior abertura comercial, pelo avanço da TPP. A movimentação política já se evidencia no “pacote anticrise”, apresentado no Parlamento do Brasil<sup>13</sup>, o qual propõe que o “Brasil possa firmar acordos bilaterais, ou multilaterais, sem necessariamente depender do apoio dos demais membros do MERCOSUL”, evidenciando claramente a insatisfação dentro da base governista, com parlamentares que apoiem até o fim do bloco.

## CONCLUSÃO

A doutrina internacionalista é quase uníssona em afirmar que o MERCOSUL está em fase de uma União Aduaneira Incompleta, considerando ainda possuir elementos de uma zona de livre comércio e de um mercado comum, como a livre circulação de pessoas, com medidas como a adoção de passaportes padronizados, projeto de padronização de placa de veículos, etc. É necessário que os Estados-membros, da formação regional sul-americana, adotem medidas que possuam o intuito de consolidar uma política externa que beneficie as populações de

<sup>13</sup> Projeto de medidas para enfrentamento da crise econômica, apresentado pelo Senador Renan Calheiros, (PMDB-AL), presidente do Senado Federal e membro de partido governista.

seus territórios, com reformas de bases que atenuem as disparidades econômicas existentes entre os países-membros — como internalização de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos — respeitando investimentos mínimos em políticas públicas voltadas para educação e saúde, destinação de parcela do orçamento público para a seguridade social, em particular para programas assistencialistas. Nesse sentido, Flávia Piovesan considera:

A América Latina é a região com o mais elevado grau de desigualdade no mundo em termos de distribuição de renda. A este elevado grau de exclusão e desigualdade social, somam-se democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos, no âmbito doméstico (PIOVESAN, 2014b, p. 116).

Somente, após a efetiva observação dessa agenda, pelos Estados-partes da formação regional, será possível se pensar em avanços mais característicos de uma União Política, como a criação de um banco central do Mercosul, e a adoção de moeda única, bem como a criação de órgãos que exerçam, com autonomia, a representatividade das populações locais e detentor de competências supranacionais. A facilidade de integração pelos idiomas dos povos, a ausência de crises migratórias, a estabilidade política no continente, a imensa quantidade de recursos naturais, são fatores expressivos que contribuem neste processo.

Esse é o momento para se reafirmar e reorientar a política externa dos países-membros do bloco, primando pelos interesses nacionais, mas sendo possível se conciliar com o projeto de desenvolvimento sul-americano existente, evitando que a política comercial internacional padeça de erros cometidos com relação de mercado, em face das mudanças dos intercâmbios cada vez mais dinâmicos das economias globais.

Os países sul-americanos que acreditaram nessa ambiciosa empreitada para o direcionamento das suas políticas internacionais, inicialmente para o mútuo crescimento e competitividade de suas economias internas, ao passo que se estabilizam os mecanismos regulamentários e regulatórios da competitividade, devem agora fortalecer as políticas públicas sociais, e investir no recurso mais valioso de toda e qualquer nação: seu povo, as pessoas, o homem. O MERCOSUL deve, gradativamente, ser para os sul-americanos, o incentivo à cultura política



e social de integração entre os povos latino americanos, buscando sua própria identidade enquanto ente regional, esse é o seu maior desafio.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. **MERCOSUL e União Europeia: estrutura jurídico-institucional**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. **América do Sul e Integração Regional**. Portal do MRE, 2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/mercosul>>. Acesso em: 30 dez 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

CRETELLA NETO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. 5. ed. São Paulo: Millenium, 2010.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos — Solução e Controvérsias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito Internacional da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, José Eduardo Soares de. **Importação e Exportação no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MERCOSUL. **Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional do MERCOSUL** (Protocolo de Ouro Preto). 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/index.php/>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. 26 de março de 1991. Disponível em: <[http://www.mercosul.gov.br/index.php](http://www.mercosul.gov.br/index.php/)>. Acesso em: 30 nov. 2015.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **Parlamento do MERCOSUL**: sobre a necessidade da definição de pressupostos e da adoção de procedimentos para sua criação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2015.

ONU. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. 22 maio 1969. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>>. Acesso em: 30 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014 a.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Universidade de Coimbra – PT, n. 48, p. 11–32, jun. 1997.



