

Edição
Especial



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz (*in memoriam*)

Volume
9

Coordenadores

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
Susana Borràs Pentinat

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla
Bruna Souza Paula
Rômulo Guilherme Leitão
Valter Moura do Carmo



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Volume

9

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Lúcio Antônio Chamon Junior
Alexandre Bernardino Costa	Gisele Cittadino	Luigi Bonizzato
Alexandre Morais da Rosa	Gustavo Noronha de Ávila	Luis Carlos Alcoforado
Ana Alice De Carli	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Anderson Soares Madeira	Helena Elias Pinto	Manoel Messias Peixinho
André Abreu Costa	Jean Carlos Dias	Marcellus Polastri Lima
Beatriz Souza Costa	Jean Carlos Fernandes	Marcelo Ribeiro Uchôa
Bleine Queiroz Caúla	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Márcio Ricardo Staffen
Caroline Regina dos Santos	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Daniele Maghelly Menezes Moreira	João Carlos Souto	Marcus Mauricius Holanda
Diego Araujo Campos	João Marcelo de Lima Assafim	Ricardo Lodi Ribeiro
Elder Lisboa Ferreira da Costa	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Roberto C. Vale Ferreira
Emerson Garcia	José Emílio Medaur	Salah Hassan Khaled Jr.
Firly Nascimento Filho	José Ricardo Ferreira Cunha	Sérgio André Rocha
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Sidney Guerra
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Victor Gameiro Drummond
Frederico Price Grechi		
Geraldo L. M. Prado		

Conselheiro benemérito: Denis Borges Barbosa (*in memoriam*), Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro	Caio de Oliveira Lima
Antonio Carlos Martins Soares	Francisco de Assis M. Tavares
Artur de Brito Gueiros Souza	Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala 301
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Edição
Especial



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz (*in memoriam*)

Coordenadores
Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
Susana Borràs Pentinat

Organizadores
Bleine Queiroz Caúla
Bruna Souza Paula
Rômulo Guilherme Leitão
Valter Moura do Carmo

Volume
9

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2018

Copyright © 2018 by Bleine Queiroz Caúla
Bruna Souza Paula
Rômulo Guilherme Leitão
Valter Moura do Carmo

Categoria: Direito Ambiental

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rosane Abel
Revisão ortográfica: Ossimar Pereira
Revisão ABNT: Bruna Souza Paula

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

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Diálogo ambiental, constitucional e internacional / Bleine Queiroz Caúla ... [et al.] (organizadores) ; Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Susana Borràs Pentinat (coordenadores). – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

652 p. : il., gráficos, tabelas ; 23 cm. – (Diálogo ambiental, constitucional e internacional ; v. 9).

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-0521-0

1. Direito – Brasil. I. Caúla, Bleine Queiroz. II. Paula, Bruna Souza. III. Leitão, Rômulo Guilherme. IV. Carmo, Valter Moura do. V. Miranda, Jorge. VI. Gomes, Carla Amado. VII. Pentinat, Susana Borràs. VIII. Título. IX. Série.

CDD 340.81

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Prefacio.....XXIX

Apresentação..... 1

AMBIENTAL

Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos ..5

Bleine Queiroz Caíla

Pauline Queirós Caíla

Talitha de Carvalho Rodrigues

Direito penal das águas: uma análise da proteção dos recursos
hídricos no Brasil..... 29

Erivaldo Moreira Barbosa

Jardel de Freitas Soares

Princípios ambientais e o judiciário brasileiro: precavido ou prevenido?43

Hertha Urquiza Baracho

Beatriz Rolim Cartaxo

Cidade educadora e sustentável, comunicação socioambiental e
consumo responsável de alimentos 61

Aparecida Luzia Alzira Zuin

O STF e a racionalidade na vedação de práticas que exponham
animais à crueldade..... 81

Angela Issa Haonat

Karine Alves Gonçalves Mota

Lara Livia Cardoso Costa Bringel

Distritos Produtivos Ecosustentáveis: o caso do Distrito Ecoindustrial e
Atacadista de Palmas/TO 99

Valtuir Soares Filho

Julia Elisabete Barden

José Damião Trindade da Rocha

O licenciamento ambiental como instrumento da política nacional de meio ambiente: uma análise dos retrocessos da PEC nº 65/2012, no Brasil e a legislação espanhola..... 119
Karin Kässmayer
Angela Cassia Costaldello

Exploração dos hidrocarbonetos não convencionais sob a perspectiva das mudanças climáticas..... 137
Alexandre Ricardo Machado
Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado

O rompimento da barragem de Fundão no contexto da crise do capitalismo e as epistemologias do Sul como forma de proteção aos direitos humanos..... 155
Marina de Macêdo Carvalho
Natália de Souza Lisbôa

CONSTITUCIONAL

A valorização dos precedentes judiciais na interpretação das normas constitucionais..... 171
Nathália Gomes Pimenta Fiuza Gouthier
Tiago Gontijo Cunha

Política, mercado e relações ideológicas de troca, a partir da justiça social..... 191
Carlos Eduardo Koller
Marcia Carla Pereira Ribeiro

Sanção de perda de mandato por infidelidade partidária e separação de poderes: questão de hermenêutica constitucional?
Breves notas com fito em Heidegger 205
Júlia Maia de Meneses Coutinho
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Newton de Menezes Albuquerque

O impacto da crise global no Brasil ante às regularizações das terras de comunidades quilombolas 229
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante
Maurides Macêdo
Leonardo Matheus Barnabé Batista

**A ação civil de extinção de domínio como instrumento de luta
contra os delitos de corrupção e o direito fundamental à propriedade 243**

Regina Celli Marchesini Berardi

**Quando “mais” não (necessariamente) significa “melhor”: o
enfraquecimento da proteção dos direitos fundamentais em um
sistema jurídico multinível 261**

Matheus Passos Silva

Clidenor Sousa

**Problemas constitucionais em torno do anonimato na internet:
Liberdade de Expressão versus Segurança Nacional 281**

Márcio Ricardo Ferreira

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.... 295

Lucas Arruda Hezel

Paula Bergamasco

Recall: destituição do político através do povo 309

Ravi Ramier Morais Almeida

Marcelo Dias Ponte

**A inclusão social promovida pela língua brasileira de sinais:
reflexões à luz do ordenamento jurídico brasileiro 323**

Tatiana Façanha Borges

Vanessa Batista Oliveira

**Uma reflexão crítica quanto a responsabilidade parental e o
direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança
como um direito fundamental 343**

Bruna Souza Paula

Eveline de Castro Correia

INTERNACIONAL

**A geometria da arbitragem internacional nos novos acordos
comerciais da União Europeia 363**

Lucila Vilhena

Direito internacional e direito interno: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as leis de anistia latino-americanas	379
<i>Gabriela Natacha Bechara</i>	
<i>Horácio Wanderlei Rodrigues</i>	
<i>Felipe Pante Lemos de Campos</i>	
A Organização Mundial do Comércio e o acordo de facilitação do comércio: perspectivas de sua implementação junto ao mercado econômico mundial	395
<i>Rodrigo Luiz Zanethi</i>	
The environmental crisis as a mutational period, from the mental-rational limits of the material growth to a new integral a-perspectival paradigm	407
<i>Juan Pablo Bellene Arena</i>	
A inserção do princípio da concorrência na contratação pública: melhoria do bem-estar social e maior eficiência do Estado	417
<i>Ruth M. P. Santos</i>	
<i>Renata Menezes</i>	
A (Des)proteção social dos trabalhadores migrantes e as remessas financeiras: consequências para o direito internacional econômico	435
<i>Alexandre Barbosa de Lucena Leal</i>	
<i>Marília Daniella Freitas Oliveira Leal</i>	
<i>Vivianne Freitas Oliveira Asfora</i>	
O desrespeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Tribunal Superior do Trabalho manifestado no acórdão do processo nº 0000776-12.2011.5.04.0411	451
<i>José Jackson Nunes Agostinho</i>	
<i>Eduardo Rodrigues Brito de Sousa</i>	
Uma análise da proteção aos direitos fundamentais e do acesso à justiça trabalhista do imigrante ilegal no Brasil	465
<i>Mateus Rodrigues Lins</i>	
<i>Thiago Pessoa Colares</i>	
<i>Vanessa Batista Oliveira</i>	

O cumprimento de normas ambientais no plano internacional	479
<i>Érica Tatiane Soares Ciorici</i>	
A vulnerabilidade dos refugiados ambientais e o acesso à justiça: os haitianos na Amazônia Ocidental	497
<i>Aparecida Luzia Alzira Zuin</i>	
<i>Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres</i>	
<i>Arlen José Silva de Souza</i>	
Violência de gênero na América Latina: uma análise dos casos apreciados pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos ..	515
<i>Isabela Hümmelgen</i>	
<i>Kauan Juliano Cangussú</i>	
<i>Thays Ricarte Lopes</i>	
O Islã e a pretensão de universalidade dos direitos humanos: transconstitucionalismo como indicador de nova compreensão?	533
<i>Silvana Paula Martins de Melo</i>	
<i>Júlia Maia de Meneses Coutinho</i>	
Transplantes legais, organismos multilaterais e a "Escola Direito e Desenvolvimento": há uma política nacional de desenvolvimento econômico no Brasil?	551
<i>Roberto Guilherme Leitão</i>	
Contrato de concessão de petróleo e gás: modelo e procedimentos aplicados no Brasil e Portugal	579
<i>Alexandre Ricardo Machado</i>	
<i>Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado</i>	
A Solidariedade entre os Estados: o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo e sua relação com o Tribunal Penal Internacional	597
<i>Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc</i>	
<i>Sidney Soares Filho</i>	

Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – FDUL
Ângela Issa Haonat – UFT
Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR
Beatriz Souza Costa – ESDHC
Bleine Queiroz Caúla – UNIFOR
Carla Amado Gomes – FDUL
César Barros Leal – UFC
Délton Winter de Carvalho – UNISINOS
Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University
Francisco Lisboa Rodrigues – FAC e FANOR
Francisco Luciano Lima Rodrigues – UNIFOR
Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED
João Pedro Oliveira de Miranda – FDUL
Jorge Miranda – FDUL
Leonel Severo Rocha – UNISINOS
Lídia Maria Ribas – UFMS
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. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). 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 ações

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).

Susana Borràs Pentinat

Profesora doctora de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España) e investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). PROJECT “PROYECTO DE I+D: La constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo” (CONCLIMADER2016-80011/-P), (MINECO/FEDER, UE), Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, efectuada por resolución de 17 de junio de 2015 (BOE de 23 de junio) de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación (SEIDI), Ministerio de Economía y Competitividad, España.

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Doutorado em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-Espanña) - Universidade Rovira I Virgili, Tarragona, Espanha. Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela Unifor. Pedagoga. Advogada premiada com o V Prêmio Innovare, 2008, pelo trabalho realizado como Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008). Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Coordenadora do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. 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. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br.

Bruna Souza Paula

Doutoranda do Curso de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (2012) - diploma revalidado (2013), Especialista em Direito Processual pela Unisul (2008) e em Ciências Jurídico Políticas pela Universidade de Lisboa (2009), Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2007) Professora TI do Curso de Direito da Estácio-Ce.

Rômulo Guilherme Leitão

Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2008). Doutor em Direito Constitucional; professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos e do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e procurador do Município de Fortaleza. romuloleitao@unifor.br.

Valter Moura do Carmo

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Diretor de eventos do CONPEDI e coordenador científico do Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos.

Autores

Angela Cassia Costaldello

Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Professora Adjunta dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR. Foi Membro do Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Advogada. E-mail acostaldello@gmail.com.

Ângela Issa Haonat

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Advogada e Professora da Católica do Tocantins, FASEC e UFT em Palmas-TO.

Alexandre Barbosa de Lucena Leal

Advogado. Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas - FACISA/Campina Grande – Paraíba / Brasil. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Advogado. Email: falecom@alexandreleal.com.

Alexandre Ricardo Machado

Professor. Consultor. Advogado especializado em Direito do Petróleo e Gás. Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Bolsista CAPES.

Aparecida Luzia Alzira Zuin

Pós-Doutora em Direito. Linha de Pesquisa: Direito da Cidade. Políticas Públicas Urbanas – UERJ/RJ. Possui Pós-Doutorado em Estudos Culturais pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea – PACC/- UFRJ. Doutora em Comunicação e Semiótica pela PUC-SP. Docente do Mestrado Acadêmico em Educação da Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Líder do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Amazônia – CEJAM. E-mails: profalazuin@unir.br; E-mail: alazuin@gmail.com.

Arlen José Silva de Souza

Doutorando em Ciências Políticas pela UFRGS; Mestrado em Direito – FGV; Especialista em Direito Penal- UNIR; Juiz de Direito da 3ª Entrância do Estado de Rondônia. Docente da Universidade Federal de Rondônia. E-mail: arlen0402@hotmail.com.

Beatriz Rolim Cartaxo

Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Graduada em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP (2012). Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Carlos Eduardo Koller

Especialista em Direito Constitucional pela Abd Const. (2008). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, (2014). Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR, (2015). Professor Pesquisador do UniBrasil – Centro Universitário e Advogado. Email: carloseduardokoller@gmail.com.

Clidenor Sousa

Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniProjeção. Email: clidenor.sousa@gmail.com.

Eduardo Rodrigues Brito de Sousa

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá - Ceará, Estagiário da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará. E-mail: edurbr@hotmail.com

Érica Tatiane Soares Ciorici

Mestranda em Direito Internacional Público e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). E-mail: ehrica_t@hotmail.com.

Erivaldo Moreira Barbosa

Pós-doutor em Direito, Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Recursos Naturais, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Brasil; Mestre em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Brasil; Professor de Direito Ambiental e Orientador do Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais (Doutorado e Mestrado), Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Brasil; Professor de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Brasil. E-mail: erifat@terra.com.br

Eveline de Castro Correia

Graduação em direito na Universidade de Fortaleza - UNIFOR, pós graduação em direito processual civil e mestrado em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Coordenadora geral do curso de direito do centro universitário Estacio do Ceará. Membro do conselho - CONSEPE - do centro universitário Estacio do Ceará. Sócia o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e da ABEDI - Associação Brasileira de Ensino do Direito.

Felipe Pante Lemos de Campos

Doutorando em Teoria e Storia del Diritto pela Università Degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Membro do grupo de pesquisa CNPq-UFSC, *Ius Commune* em História da Cultura Jurídica. Associado Fundador do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia. E-mail: felpante@hotmail.com.

Gabriela Natacha Bechara

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo PPGD/UFSC. Pesquisadora do NECODI. Pesquisadora bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: gbechara@gmail.com.

Hertha Urquiza Baracho

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil (1993). Professor Associado III da Universidade Federal da Paraíba, Brasil.

Horácio Wanderlei Rodrigues

Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia/UNISINOS e em Educação/UFRGS. Professor Permanente do PPG Direito/IMED/RS. Sócio fundador do CONPEDI e da ABEDi. Membro do Instituto Iberomericano de DerechoProcesal. Pesquisador do CNPq, da Fundação Meridional e do NECODI.

Isabela Hümmelgen

Aluna de graduação do curso de direito da Universidade Federal do Paraná; E-mail: isabelahummelgen@gmail.com.

Jardel de Freitas Soares

Doutor em Recursos Naturais, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Brasil; Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Argentina; Professor das disciplinas de Criminologia e Direito Ambiental, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Brasil. E-mail: prof.jardelufcg@bol.com.br.

Jéssica Painkow Rosa Cavalcante

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GO). Especialização em Direito Civil e Processual Civil. Advogada inscrita na OAB-TO. Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal do Goiás. Aluna do programa de pós-graduação em Direito Agrário e Agronegócio no PROORDEM. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com.

José Damião Trindade da Rocha

Doutor em Educação - Universidade Federal do Tocantins – Brasil – damiao@uft.edu.br.

José Jackson Nunes Agostinho

Mestre em Direito Internacional. Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho. Pós-Graduado em Direito Público. Graduado em Direito. Advogado. Professor Universitário. E-mail: jacksonagostinho@uol.com.br.

Juan Pablo Bellene Arena

Ph.D. candidate. Universitat Rovira i Virgili. Derecho Ambiental. Master Universitario en Derecho Ambiental. Universitat Rovira i Virgili (setiembre 2013-setiembre 2015). Titulo de Abogado. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (abril 1998-setiembre 2008). Materia opcional: Derechos Humanos. E-mail: paolouraxbellene@gmail.com.

Julia Elisabete Barden

Doutora em Economia – Centro Universitário Univates – Brasil – jbarden@univates.br.

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Professora substituta da Universidade de Fortaleza. Doutoranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – Unifor. Mestra em Direito Constitucional pela Unifor. Participante do Grupo de Pesquisa da “Constituição de 1937”, sob a coordenação do Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne

Karin Kässmayer

Doutora em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela UFPR. Consultora Legislativa do Senado Federal, na área de meio ambiente. Foi professora adjunta de Direito Ambiental da UFPR. E-mail: karin^okassmayer@gmail.com

Karine Alves Gonçalves Mota

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Goiás. Mestre em Direito pela UNIMAR-Marília/SP. Doutoranda em Tecnologia Nuclear pelo IPEN/USP. Professora da Católica do Tocantins. E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br.

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc

Doutoranda pela Universidade Federal do Ceará - UFC, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Professora da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, desde 2003; Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR desde 2015. katherinne@unifor.br.

Kauan Juliano Cangussú

Aluno de graduação do curso de direito da Universidade Federal do Paraná; E-mail: kauancangussu@gmail.com.

Lara Livia Cardoso Costa Bringel

Doutorado em Tecnologia Nuclear pelo IPEN/USP. Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC Goiânia/GO. Especialista *Lato Sensu* em Direito do Estado pela UEL-Londrina/PR. Graduada em Direito pela UNIMAR– Marília/SP. Coordenadora do Curso de Direito da Uninassau Maceió-AL. E-mail: larialviacardoso@hotmail.com.

Leonardo Matheus Barnabé Batista

Graduado em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins (FACTO), tem especialização em Civil e Processual civil. É Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás e Residente Jurídico pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). E-mail: leonardo.matheus.bb@gmail.com.

Lucas Arruda Hezel

Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. E-mail: lucashezel@uol.com.br.

Lucila Vilhena

Professora da Universidade Estadual da Paraíba; Doutoranda e bolsista de investigação da Universidade de Lisboa; Investigadora do CEDIS/UNL. Advogada.

Marcelo Dias Ponte

Advogado. Mestre em Direito. Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Diretor acadêmico da Academia Cearense de Direito. E-mail: marceloponte@unifor.br

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Doutora em Direito. Professora PPGD UFPR e PUCPR. Trabalho desenvolvido no âmbito do projeto Regulação de Riscos Empresariais no âmbito da atividade de Pesquisa&Desenvolvimento para a Inovação (Chamada Pública 21/2012) da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná. Email: marcia.ribeiro@pucpr.br.

Márcio Ricardo Ferreira

Doutorando em Direito Penal e Novas Tecnologias da Informação e Comunicação pela Universidade de Salamanca – Espanha. Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal; Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal pela UBA - Universidade de Buenos Aires - Argentina; E-mail: f.marcior@usal.es.

Marília Daniella Freitas Oliveira Leal

Advogada. Professora do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – Paraíba. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba/Brasil. Doutoranda em Ciências Jurídico Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Email:mariliadaniellaufpb@yahoo.com.br

Marina de Macêdo Carvalho

Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Especialista em Gestão Ambiental pela Faculdade Unileste. Assistente Técnica em Gestão e Tecnologia no Núcleo de Inovações Tecnológicas e Empreendedorismo-NITE/UFOP. E-mail: marinamacedo.escv@gmail.com.

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima

Professor titular da Universidade de Fortaleza – Unifor. Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Procurador do município de Fortaleza.

Mateus Rodrigues Lins

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pesquisador integrante do Projeto de Pesquisa “Direito do Trabalho e sua interface com os Direitos Fundamentais” coordenado pela professora Vanessa Oliveira Batista – Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR. Escritor.Email: mateusrlins@gmail.com.

Matheus Passos Silva

Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador voluntário do CEDIS, da Faculdade de Direito

da Universidade Nova de Lisboa. Professor do Centro Universitário UniProjeção. Pesquisador CAPES – Proc. N.º 1791/15-0. Email: contato@profmatheus.com.

Maurides Macêdo

Graduada em Direito e em História, tem especialização em Direito Penal e em Direito Processual Penal. É Mestre e Doutora em História. Pós - Doutora em Direitos Humanos pela Universidade do Texas. Professora titular da Universidade Federal de Goiás. E-mail: maurides13@hotmail.com.

Natália de Souza Lisboa

Doutora em Direito Internacional pela PUC Minas. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV/ES. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Socioambientais da UFOP – GEPSA. E-mail: natalialisboa@gmail.com.

Nathália Gomes Pimenta Fiuza Gouthier

Mestranda pela Universidade de Lisboa em Direito Constitucional. Especialista *Latu Sensu* em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais na OAB/MG. Advogada. nathaliagouthier@gmail.com.

Newton de Menezes Albuquerque

Professor do Mestrado/Doutorado da Unifor e da Faculdade de Direito da UFC

Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado

Jurista. Pós-graduada em Direito Marítimo. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na especialidade de Direito Público.

Paula Bergamasco

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina. paula.bergamasco@hotmail.com.

Pauline Queirós Caúla

Advogada. Graduada em Direito e Pedagogia. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Assessora Jurídica na Procuradoria da

Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Exerceu a função de Vice-Presidente da comissão de Acompanhamento aos Concurso Público e Vice-Presidente da Comissão de Educação e Cidadania da Ordem dos Advogados Secção Ceará- OAB-CE no período de 2014 e 2005. Membro do Conselho de Ética e Sindicância da Associação Cearense dos Advogados Trabalhistas – ACEATRA.

Ravi Ramier Morais Almeida

Advogado. Graduado em Direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador do grupo de Energia Nuclear – Aspectos Legais e Geopolítica da Atualidade. E-mail: raviramier@hotmail.com.

Regina Celli Marchesini Berardi

Doutoranda em Estado de Derecho y Gobernanza Global pela Universidad de Salamanca – Espanha. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra - Portugal. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogada. Email: berardi@usal.es.

Renata Menezes

Advogada, Mestranda em Ciências Jurídico Ambientais na Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa.

Roberto Guilherme Leitão

Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito Constitucional, ambos na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado-OAB nº 14.225/CE. Engenheiro Civil. Professor Universitário. FANOR - DeVry. Procurador Federal- Advocacia Geral da União. e-mail: rguilhermeleitao@hotmail.com.

Rodrigo Luiz Zanethi

Doutorando em Direito Ambiental Internacional e Mestre em Direito Internacional, ambos pela Universidade Católica de Santos/SP. Especialista em Negócios Internacionais pela Universidade da Califórnia em Riversidade/EUA. Advogado atuante na área de Comércio Internacional e Direito Aduaneiro. Professor da Universidade Católica de Santos/SP (Matérias: Direito Tributário, Aduaneiro, Comércio Internacional e Marítimo) e da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo – Gestão Portuária (Matéria: Leg. Aduaneira).

Ruth M. P. Santos

Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS). Advogada. E-mail: ruthmpsantos@gmail.com.

Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres

Doutoranda em Política Pública – UFRGS. Mestre em Relações Internacionais da América Latina – CEBELA, Juíza de Direito em Porto Velho-RO, Juíza Internacional na ONU por dois anos em Timor Leste email:sasilvestre@gmail.com.

Silvana Paula Martins de Melo

Mestranda em Direito, com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Especialista em Direito Constitucional pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor. E-mail: silvanapmmelo@gmail.com.

Sidney Soares Filho

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), especialista em Direito Público com área de concentração em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UnP) e em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Professor da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza (Unifor). Analista Judiciário - Execução de Mandados (TJ/CE).

Talitha de Carvalho Rodrigues

Advogada. Principais áreas de atuação: Direito previdenciário e Direito do Trabalho. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Tatiana Façanha Borges

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. E-mail: tatianafacanha@hotmail.com.

Thays Ricarte Lopes

Doutora em Direito e mestre em Direito Ambiental, ambos no Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT) de la Universitat Rovira i Virgili (2013). Mestre em Direito Processual Civil pela FANESE, Brasil (2008). Foi pesquisadora do Centro de Investigação em Ambiente e Sustentabilidade de Nova Lisboa e atualmente é bolsista do Departamento de Direito Público da URV e pesquisadora vinculada ao CEDAT. E-mail: thays.ricarte@urv.cat

Tiago Gontijo Cunha

Mestrando pela Universidade de Lisboa em Direito Constitucional. Especialista *Latu Sensu* em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. tiagogontijocunha@hotmail.com.

Thiago Pessoa Colares

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador do grupo de pesquisa “Justiça em Transformação” do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR. E-mail: thiago_colares@hotmail.com.

Valtuir Soares Filho

Mestre em Ambiente e Desenvolvimento- Universidade Federal do Tocantins – Brasil – valtuir@uft.edu.br.

Vanessa Batista Oliveira

Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil. Professora do curso de Direito e da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora organizadora do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho da UNIFOR. Email: vanessa.oliveira.lima@gmail.com.

Vivianne Freitas Oliveira Asfora

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa/ Paraíba/Brasil. Mestranda em Neurociências pela Universidade Federal da Paraíba/Brasil. Email: viviannefreitas2@hotmail.com.

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz

Após alguns dias em que o Dr. Airton Queiroz passou a observar a Unifor por outra dimensão, ele deve estar feliz com a grandiosidade dessa obra que administrou por 35 anos. Deve estar concluindo que não há um recanto do campus em que não esteja impressa sua presença, sua criatividade e o tirocínio voltado para um futuro que se fez presente. O verde dos jardins, simbolizando um futuro melhor para toda a comunidade interna e externa, demonstra também um exemplo de sustentabilidade em que fauna e flora se dão as mãos como lição para a pujante juventude sempre ali presente.

O ambiente universitário, construído onde antes vigorava o ermo de uma savana, tanto foi burilado, primeiro pelo Chanceler Edson Queiroz, depois pelo Dr. Airton, seu continuador, que o estudante, ao ingressar no campus, já está aprendendo antes de entrar em sala de aula. Para isso, as grandes exposições de artes, os concertos musicais, as peças teatrais encenadas, a Biblioteca com centenas de milhares de volumes, o acervo especial adquirido de famosos colecionadores comprovam que a aprendizagem extrapola as quatro paredes da sala de aula. Difícil, pois, um adjetivo definitivo para corresponder à personalidade do Chanceler Airton Queiroz: arguto, perspicaz, sensível, empreendedor, dinâmico, discreto, corajoso, ágil, sonhador e objetivo são qualificações captadas entre aqueles com quem privava.

Uma coisa é certa, pelo fato de ter sido dicotômico, binário, razão e emoção se dão as mãos no seu perfil. A objetividade do administrador de um conglomerado de empresas e a subjetividade do profundo apreciador das artes e da ecologia tornaram-no um homem marcado pela noturnidade e diuturnidade bachelardiana. Personalidade singular, Dr. Airton, com sua aguçada visão do futuro, transformava o presente em dinâmica de longo curso, como se seu pensamento calçasse botas de sete léguas. Entretanto não deixava de trazer também para o presente as culminâncias do passado, daí suas exposições de artes seculares, seus acervos de livros históricos e suas visitas ao exterior, a museus diversos e monumentos dos antepassados. Por isso que, na geografia do campus da Unifor, é possível encontrar signos desse gosto marcado pela universalidade. Sua aguçada visão empresarial vislumbrava na educação uma solução para o

desenvolvimento do Ceará. Sua criatividade fez com que os jardins da Unifor viessem a ser forte contribuidor para a microrregião climática em que se tornou essa área onde a amenidade do clima diferencia-se do restante de Fortaleza. Também com relação aos três pilares formadores das universidades: Ensino, Pesquisa e Extensão, ele criou uma quarta pilastra - no caso, a cultura.

No momento em que o Chanceler passou a ver de cima sua Unifor, deve ter notado que sua paixão pelo verde, emanado dos verdes mares bravios que um dia Alencar também vislumbrou, alastrou-se pelo rio Cocó e seu parque ribeirinho, pousou nas alamedas da Universidade e ramificou-se até os jardins de sua residência. É o equilíbrio ecológico antecipando-se ao equilíbrio humano como lição para uma juventude altaneira que convive em harmonia com uma natureza festiva. É bem verdade que a seriema que passava o dia cantando no campus emudeceu com sua partida, mas temos certeza de que o luto das aves não vira melancolia.

O seu compromisso com o social concretizou-se com a transformação do antigo Dendê em verdadeiro laboratório para as transformações operadas no entorno do campus: a Escola Yolanda Queiroz, com mais de cinco centenas de crianças do bairro, o Escritório de Prática Jurídica para atendimento àquela população e o Nami com seus atendimentos médicos aos mais necessitados. Sua cosmovisão vez ver que se muda para melhor quem muda também seus circunstâncias. Daí que o corpo funcional da Universidade se tornou composto de pessoal selecionado e treinado para o trabalho, entre os moradores desse bairro que evoluiu para melhor com a criação da Unifor.

O frescor permanente do clima do campus está ali posto desde a ideia inicial de trazer a Universidade para o leste da Capital. Ali a Unifor veio ver o sol nascer mais cedo. Veio abrir suas portas para a alvorada, e o Chanceler abriu as cancelas do horizonte, botando a cidade a andar para aquela direção e toda uma comunidade a se extasiar com o nascer dos novos tempos da educação. A consolidação do empreendimento Unifor tornou a Universidade um marco na educação da nossa Região. A Unifor possui o DNA do Dr. Airton, e essa sua criação será indestrutível, pois educação é uma herança que o tempo não destrói.

Fortaleza, 21 de novembro de 2017.

Batista de Lima
Professor da Universidade de Fortaleza

Prefacio

*Demos un reconocimiento práctico a las injusticias del pasado,
construyendo juntos un futuro basado en la igualdad y la justicia social.*

(Nelson Mandela, *Nelson Mandela por sí mismo:*

El Libro de citas autorizado, 2012)

La crisis global que enfrentamos en el mundo actual se caracteriza por la acumulación de crisis – económica, financiera, ambiental, social, política, energética, geopolítica, alimentaria, migratoria, de valores, etc. – que interactúan y se retroalimentan entre sí.

Esta crisis ha acrecentado e intensificado las desigualdades sociales que, lejos de mejorar, empeoran. El incremento de la pobreza, de la exclusión, de la inseguridad, del desempleo y precariedad, y de las políticas de austeridad y recorte de prestaciones sociales y servicios públicos son otros de los efectos de esta crisis que están exacerbando las injusticias sociales en todo el mundo. Además, esta crisis agrava los problemas ambientales e incrementa las injusticias ambientales, por ejemplo, al dificultar las mejoras medioambientales o al promover la reducción de requisitos legales y la vigilancia de las actividades contaminantes o aquellas que generan otros impactos sociales y ambientales. Esta misma crisis ha dado lugar al renacimiento de ideas y acciones que han incrementado la confrontación y violencia. La falta de tolerancia se ve reflejada en el recrudecimiento del racismo, la xenofobia, la discriminación y las formas conexas de intolerancia que, lejos de ser erradicadas, continúan siendo la causa de violaciones a derechos humanos. Con ello, el discurso del odio y la criminalización de ciertos grupos de la población se han extendido por el mundo y lo están dividiendo.

Sin embargo, en este ambiente de crisis e intolerancia, nuestra persistente miopía social nos impide ver que el mundo se nos está haciendo cada vez más pequeño, que sus recursos se están agotando cada vez con mayor rapidez y que, al estar interconectados, nuestra propia supervivencia depende por completo de la supervivencia de los demás seres, tanto humanos como no humanos.

En este contexto de *multi-crisis* que amenaza el mundo, actual y futuro, el Derecho está llamado precisamente a responder a las nuevas y complejas realidades y necesidades que enfrenta nuestra sociedad. A partir de un diálogo interdisciplinario, holístico, crítico y dinámico, vinculado a la realidad social, el Derecho en el siglo XXI debe adaptarse y convertirse en un instrumento más para la conciliación de intereses y la búsqueda de soluciones a esta crisis global, con miras a lograr una mayor justicia social y ambiental.

Precisamente, el presente libro colectivo, coordinado por un grupo de especialistas de prestigioso renombre, tiene el principal mérito de promover ese diálogo reflexivo, crítico e interdisciplinario entre el Derecho ambiental, el Derecho constitucional y el Derecho internacional que abre a su vez nuevas vías de discusión e investigación, necesarias para el momento crítico que vivimos como sociedad contemporánea.

Al igual que en los volúmenes anteriores, el volumen 9 de la serie “*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*” recoge más de treinta contribuciones de diversos autores que, luego de su evaluación positiva, fueron presentados en la IX edición del Seminario Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional: “La Justicia Social y Ambiental en un contexto de crisis global”, realizado en las ciudades de Tarragona (España), Lisboa (Portugal) y Fortaleza (Brasil) en septiembre, octubre y noviembre de 2016, respectivamente. Sin duda, el importante número de trabajos incluidos en este nuevo volumen es el reflejo del éxito, cada vez mayor, de este encuentro internacional en el que se congregan profesores universitarios, académicos y juristas comprometidos con la justicia, en todas sus dimensiones.

Los trabajos seleccionados para su publicación en la presente obra – treinta y cuatro, en concreto – han sido agrupados en tres partes organizadas temáticamente. El primer bloque incluye trabajos que abordan problemáticas relacionadas con el Derecho y medio ambiente; el segundo alberga diversas aportaciones en materia constitucional; y el tercer y último bloque recoge trabajos que analizan diversas cuestiones en el ámbito del Derecho internacional. Así, la obra incluye una colección de trabajos que, desde una perspectiva jurídica y social, abordan temas de gran actualidad incluyendo: la protección de los recursos hídricos, ciudades sustentables, combustibles fósiles y energía nuclear en el contexto del cambio climático, justicia social, sostenibilidad, protección de derechos fundamentales en los nuevos escenarios socio-económicos, inclusión

social, capitalismo y crisis ambiental, migración y derechos humanos, refugiados ambientales, violencia de género, entre muchos otros.

En definitiva, el libro que usted tiene en sus manos es sin duda una importante y oportuna contribución al fortalecimiento del conocimiento jurídico a través del diálogo interdisciplinario y transversal de la ciencia del Derecho y sus disciplinas jurídicas, que se vuelve cada vez más apremiante ante las nuevas realidades y grandes desafíos globales.

Antes de concluir, permítame dejar constancia de mi reconocimiento y gratitud al conjunto de participantes de la IX edición del Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional; a los autores de las contribuciones recogidas en este volumen; y, muy especialmente, a los coordinadores y organizadores – Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Susana Borràs Pentinat, Bleine Queiroz Caúla, Bruna Souza Paula, Rômulo Guilherme Leitão y Valter Moura do Carmo – por su valioso y acertado trabajo así como por su amable invitación a escribir el prefacio de esta obra. Sin duda, todos ellos, desde sus diversos pero conexos ámbitos de trabajo, así como a partir de sus conocimientos teóricos y prácticos, han contribuido a que este libro sea una amalgama de experiencia y juventud. Para todos ellos, mi más sincera enhorabuena.

Y para usted, amable lector o lectora, mis mejores deseos y que disfrute de la lectura.

Potchefstroom - Sudáfrica, agosto de 2017.

Paola Villavicencio Calzadilla

Doctora en Derecho

Investigadora Postdoctoral en la North-West University

Potchefstroom - Sudáfrica

Apresentação

O Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional tem seu berço em Fortaleza, no ano de 2012, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). A partir da V Edição ganhou espaço nas Universidades estrangeiras – Universidade de Lisboa (UL), Universidade Rovira i Vigili (URV) e Universidade do Porto (UP) – e em outras Instituições de Ensino Superior (IES) como a Unama em Belém e Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) em Belo Horizonte. É também acarinhado pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), numa demonstração de que o Poder Judiciário dialoga com a pesquisa jurídica.

Os Volumes 9 e 10, edição especial, homenageia o Chanceler da Universidade de Fortaleza, Airton Queiroz (in memoriam). Compilam os artigos de palestrantes e autores da IX Edição, realizada, em 2016, na Universidade Rovira i Virgili, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Escola Superior dos Magistrados do Ceará (ESMEC), nos meses de setembro, outubro e novembro. Os anais desta edição reúnem artigos de 66 autores brasileiros e estrangeiros. A obra promove a pesquisa das áreas Ambiental (9 artigos); Constitucional (11 artigos) e Internacional (14 artigos).

O professor Valter Moura do Carmo se despede da Coordenação Científica do Diálogo com este Volume 9. Seu ingresso, a partir da terceira edição realizada na Universidade de Fortaleza, em maio de 2013, foi indubitavelmente valoroso. A sua articulação acadêmica, tenacidade e compromisso científico permitiram que o conclave recebesse juristas estrangeiros, estimulando a consulta aos editais de apoio da Capes e à revisão metodológica dos livros anais do evento, um diferencial de qualidade. Amigo e ex-aluno que admiro e externo gratidão e carinho.

O professor Jorge Miranda, presidente de Honra, renova a sua participação na Coordenação dos Anais, juntamente com as professoras Carla Amado Gomes e Susana Borràs Pentinat, coordenadoras acadêmicas. A equipe Diálogo ACI conta ainda com a professora Bruna Souza Paula, supervisora editorial e com o professor André Leite, coordenador de comunicação. O diferencial do trabalho acadêmico desenvolvido está na promoção da iniciação à pesquisa,

diálogo entre diferentes áreas do Direito, compromisso científico e qualidade metodológica dos artigos publicados.

A contribuição de instituições como Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Universidade Rovira i Vigili, Centro de Estudos de Direito Ambiental de Tarragona (CEDAT), Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) e da Vice-Reitoria da Pós-Graduação da Unifor foi fundamental para que o evento chegasse à sua XI Edição, em 2017.

Fortaleza-CE, 4 de dezembro de 2017 .

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Geral



AMBIENTAL

Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos¹

A sustainable logistics for the administrative management of solid waste

Bleine Queiroz Caíla
Pauline Queirós Caíla
Talitha de Carvalho Rodrigues

Resumo: A regulamentação dos resíduos sólidos, no Brasil, perdurou anos. A aprovação da Lei nº 12.305/2010 ocorreu no momento em que o País assumiu a responsabilidade internacional de fazer a gestão administrativa dos resíduos sólidos, condição *sine qua non* para sediar a Copa do Mundo FIFA de 2014. Este artigo discute a logística sustentável para a gestão sustentável, partindo da análise da Política Nacional de Resíduos Sólidos. O fenômeno da urbanização e a evolução da tecnologia impulsionaram o consumismo que origina uma grande quantidade diária de lixo nas cidades. As hipóteses do estudo foram investigadas através de pesquisa bibliográfica em abordagem teórico-empírica. Conclui-se que a responsabilidade compartilhada insculpida na Lei só alcançará um *status* efetivo, mormente o empenho do Poder Público, da população, e de todos os envolvidos, na rede de consumo, de forma individual e encadeados. A sociedade ainda não compreendeu a sua importância na teia de gestão integrada de resíduos sólidos, o que revela uma ignorância dos direitos e deveres a todos destinados, que se pode, nesse contexto, nominar de *preguiça de sociabilidade*.

Palavras-chave: Logística. Gestão administrativa. Resíduos sólidos. Sustentabilidade

1 A ordem da autoria obedeceu ao critério meramente alfabético. O artigo é uma adaptação do trabalho de conclusão do curso de Direito da aluna Talitha de Carvalho Rodrigues, no ano de 2013, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Todas as alterações foram pactuadas pelas autoras subscritas.

Abstract: The regulation of solid waste in Brazil has lasted for years. The approval of Law nº 12.305/2010 came at a time when the country assumed international responsibility to do the administrative management of solid waste, sine qua non condition to host the FIFA World Cup 2014. The article discusses the sustainable logistics for sustainable management and part of the analysis of the National Solid Waste Policy. The urbanization phenomenon and the evolution of technology have boosted the consumerism that originates a large daily amount of garbage in the cities. The hypotheses of the study were investigated through bibliographic research in a theoretical-empirical approach. It is concluded that shared responsibility inscribed in the Law will only achieve effective status especially the commitment of the Public Power, of the population and of all those involved in the consumption network in an individual and chained way. Society hasn't yet understood its importance in the web of integrated solid waste management, which reveals an ignorance of the rights and duties to all destined, that we can in that context nominate of *sociability laziness*.

Keywords: Logistics. Administrative management. Solid waste. Sustainability

Introdução

O seminário sobre a “A Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRs”, apresentado na disciplina de Direito Ambiental do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, no ano de 2013, que tinha como objetivo principal despertar a percepção das dificuldades dos municípios brasileiros para o enfrentamento da efetivação da Lei nº 12.305/2010 a respeito do assunto, motivou a elaboração desta pesquisa, despertando o interesse em buscar soluções para os problemas advindos do que, popularmente, se denomina: *lixo*.

O capitalismo e a evolução tecnológica aliados a um forte apelo publicitário criaram um padrão de consumo compulsivo na sociedade. No entanto, essas mudanças trazem consigo o desgaste do meio ambiente, pois, cada produto adquirido gera um tipo de resíduo que, para não prejudicar o meio ambiente, precisa de um destino final adequado, o que geralmente não ocorre. Desse modo, as discussões acerca da proteção do meio ambiente, assim como o desenvolvimento de uma consciência ambiental, levam a uma maior preocupação com a destinação dos detritos dos produtos consumidos.

A relevância do tema no cenário internacional, aliada a necessidade de minimizar os problemas advindos da destinação incorreta do lixo, levou o Congresso Nacional a aprovar uma Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305/2010, amparada por conceitos metajurídicos, como a logística reversa, conjunto de ações, procedimentos e meios, destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos². O transplante de novos conceitos para o texto legal colima resolver os problemas resultantes da má gestão do Estado, empresas e consumidores.

Cumprir destacar que, o projeto de lei para criação da PNRS perdurou durante anos no Congresso Nacional, e só fora colocado na pauta de votação, no ano de 2010. Mesmo assim, os anos passaram e a lei padece de legitimidade social. Entrementes, os prazos para as determinações contidas em seu texto foram dilatados e seus objetivos, ainda, não foram plenamente atingidos.

Essa constatação ratifica a lacuna existente entre a elaboração da lei, por parte do Poder Legislativo, e a sua aplicabilidade pelo Poder Executivo. A falta de diálogo entre esses poderes dissemina certa insegurança jurídica e gera dúvida a respeito do papel do legislativo: se termina com a aprovação do texto legal ou se deve atentar para a eficiência da sua atividade, mediante a aplicabilidade efetiva das leis.

As hipóteses deste estudo foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, em abordagem teórico-empírica, utilizando, abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. Define-se como descritivo e exploratório, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos. Está dividido em cinco seções, iniciando por esta introdução. Em seguida, estende-se o suporte teórico em três capítulos: analisar a logística sustentável para a gestão nacional dos resíduos sólidos, abordando seus princípios e objetivos, instrumentos, as diretrizes aplicadas e os planos de gestão; apresentar as barreiras que obstam a efetividade da PNRS; discutir sobre a poluição originada pelos resíduos sólidos e as soluções de gestão dos mesmos. Por fim, estabelecem-se as considerações finais.

2 Ver o Art. 3º, inciso XII da Lei nº 12.305/2010.

1. Logística sustentável para a gestão nacional de resíduos sólidos

Desde 2004, o Ministério do Meio Ambiente dedicava-se a criar propostas que trouxessem critérios gerais compatíveis com a gestão dos resíduos sólidos. O Projeto de Lei 1991/2007 ganhou força após a escolha do Brasil, como País sede da Copa do Mundo, pela FIFA, de 2014, porque dentre os critérios exigidos para sediar o campeonato internacional, estava a gestão pública e privada dos resíduos sólidos.

Após muitas discussões acerca da matéria, somente em agosto de 2010, foi aprovada a Lei nº 12.305 (institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS), que contempla as definições, orientações e diretrizes a respeito do tema, encorajando a redução de resíduos com base na reciclagem e na instrução do consumo sustentável, tendo como objetivo maior a promoção da gestão, ambientalmente, correta dos resíduos sólidos, a fim de solucionar os problemas advindos do mau gerenciamento dos mesmos, além de inserir padrões sustentáveis de produção e consumo na sociedade.

A PNRS inicia seu texto definindo os objetos de interesse e o seu campo de aplicação. Em seus dois primeiros artigos, aduz que entra em vigor, a partir daquele momento, a Política Nacional de Resíduos sólidos, com seus devidos princípios, objetivos e instrumentos, e elenca as diretrizes atinentes à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, mencionando, em destaque, os resíduos perigosos, além de apontar as responsabilidades dos geradores e do poder público, e descreve os instrumentos que poderão ser utilizados para alcançar tais objetivos colimados. Ressalta ainda, nos incisos do artigo 1º, que a lei atinge a todos os responsáveis pela geração de resíduos sólidos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e que a presente lei não pode ser empregada para tratar de rejeitos radioativos, pois o seu destino é regulamentado por legislação específica³.

Em seguida, a lei nº 12.305 dispõe no artigo 2º a respeito de outras leis⁴ que devem ser utilizadas para tratar das questões relativas aos resíduos sólidos, assim

3 Ver a Lei nº 10.308/2001 que dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos.

4 Lei nº 11.445/2007 (estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico); Lei nº 9.974/2000 (dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a

como, as normas estipuladas “pelos órgãos do Sistema Nacional (Sisnama), do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), do Sistema de Atenção à Sanidade Agropecuária (Suasa) e do Sistema Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro)”. Posteriormente, traz em seu artigo 3º um rol bastante esclarecedor que abriga definições de termos utilizados na própria lei, com a finalidade de proporcionar seu melhor entendimento, explicando o significado de vocábulos como: acordo setorial, área contaminada, área órfã contaminada, ciclo de vida do produto, coleta seletiva, controle social, destinação final, ambientalmente, adequada, disposição final, ambientalmente, adequada, geradores de resíduos sólidos, reciclagem, rejeitos, logística reversa e responsabilidade compartilhada, dentre outros, todos empregados na PNRS.

A PNRS é considerada uma lei inovadora, pois traz, em seu bojo, conceitos que dão uma nova ótica à responsabilização pelo dano ambiental. Nela, fica instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos até a destinação final dos resíduos. Esse compartilhamento entre “fabricantes, importadores, distribuidores, e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos” é justificado com base no conhecimento de que certos materiais não poderiam ser destinados ao processo de reciclagem, o que compreende obrigações com coleta, armazenamento, transbordo e transporte⁵.

O sistema de logística⁶ reversa é transplantado para a PNRS, conforme o artigo 3º, inciso XII. Esse conceito revela a dinâmica da lei para a criação de uma rede em que todos terão sua parcela de responsabilidade, pelo ciclo de vida dos produtos, acionando inclusive o setor empresarial para que assuma o encargo sobre os produtos produzidos, mesmo depois de já terem sido adquiridos e utilizados pelo consumidor final. Ou seja, a implantação de programas de logística reversa evidencia que a transferência de responsabilidade tornar-se-á, cada vez menos,

fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências); Lei nº 9.966/2000 (Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências).

5 Ver o artigo 30 da Lei nº 12.305/2010. Dispõe o artigo 6º do Decreto nº 7.404/2010: “Os consumidores são obrigados, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou quando instituídos sistemas de logística reversa na forma do art. 15, a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e a disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução”.

6 Termo de origem militar.

aceitável, pois, se a poluição causada ao meio ambiente afeta a todos, nada mais justo do que cada um ser responsável por sua parte no dever da destinação correta dos resíduos, não relegando essa incumbência somente ao consumidor final.

Saliente-se que, programas desse modelo, já vinham sendo implantados por algumas grandes empresas, como as que instituíram o retorno da garrafa de vidro e da bateria do aparelho celular, e que, para estimular o consumidor, no ato da entrega desse material, trocavam-no por um desconto na compra de uma nova mercadoria, do mesmo tipo.

Entretanto, além de beneficiar a saúde pública, a referida lei tem um viés social bastante presente, como fica demonstrado no Art.18, que faz menção ao incentivo e a inclusão da participação de “cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, formadas por pessoas de baixa renda”. O escopo social, também, se traduz na indução à participação social, na elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, mediante a realização de audiências e consultas públicas (Art.15, XI, §único), e também no incentivo à educação ambiental com a implantação de “programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos” (Art.19, X).

Os conceitos e instrumentos aqui mencionados dão sustentação à PNRS e colimam facilitar o adimplemento das obrigações, de cada agente, de forma específica. E por serem trabalhadas em cadeia, busca unir a sociedade e o poder público em torno do cumprimento da legislação ambiental. Entretanto, nota-se que, apesar do legislador ter positivado, de forma satisfatória, as responsabilidades e seus agentes, a PNRS ainda não possui efetividade total. Isso ocorre porque, na prática, as obrigações de forma mais específica serão definidas por acordos setoriais ou decretos.

A seguir, passaremos a apresentar os mecanismos presentes na PNRS que objetivam implantar a gestão integrada dos resíduos sólidos, o padrão sustentável de produção e consumo, dentre outras melhorias ambientais pretendidas pela política de gestão pública e privada dos resíduos.

1.1 Princípios e objetivos

Os princípios são os pilares do Direito, estejam eles positivados, ou não. Assim, com a PNRS não poderia ser diferente. Dessa forma, além dos princípios

gerais que regem a Administração Pública e o Direito Ambiental, a Política Nacional de Resíduos Sólidos possui princípios específicos, como: a prevenção, a precaução, o poluidor-pagador, o protetor-recebedor, o desenvolvimento sustentável, a ecoeficiência, a cooperação, a responsabilidade compartilhada, a razoabilidade e a proporcionalidade que direcionam e embasam as suas normas, conforme dispõe o seu artigo 6º. Merece destaque o inciso II, que traz os princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor, ressaltando que de acordo com o primeiro princípio, o poluidor estará obrigado a arcar com os custos da reparação do dano, por ele, causado ao meio ambiente.

Nesse ponto, há que se destacar dois aspectos: , o caráter preventivo, que pretende obstar o dano ambiental, e o caráter repressivo, que entra em ação mediante a ocorrência efetiva do dano, destinando-se a repará-lo⁷. Além do Princípio do Poluidor Pagador, a doutrina já analisa o Princípio do Protetor Recebedor que possibilita compensação financeira, em favor dos atores sociais pelas práticas protecionistas realizadas na defesa do meio ambiente.

Outros dois princípios, em evidência, são a ecoeficiência e o desenvolvimento sustentável. Por ecoeficiência, deve-se entender o esforço empregado em fazer com que um determinado sistema produza mais e melhor, utilizando menos recursos e gerando menos resíduos. Para alcançar esse objetivo devem ser empregados alguns elementos tidos como fundamentais, são eles: a diminuição de materiais dos bens e serviços, a redução da intensidade energética de bens e serviços, a diminuição da dispersão de tóxicos, a fomentação da reciclabilidade dos materiais, a maximização e utilização sustentável dos recursos renováveis, e por fim, a extensão da durabilidade dos produtos. As formas alternativas de geração de energia são exemplos da aplicação desse princípio.

Os objetivos colimados pela Política Nacional de Resíduos Sólidos encontram-se dispostos no art.7º, da Lei nº 12.305/2010, sendo possível observar quinze metas que o legislador almeja alcançar, por meio da efetivação dessa política, quais sejam: proteção da saúde pública e da qualidade ambiental; não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos; estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas; redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos; incentivo à indústria da reciclagem; gestão integrada de resíduos sólidos; articulação entre as diferentes

7 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 2008, p. 92.

esferas do poder público; capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos; regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; estímulo a implementação da avaliação do ciclo de vida do produto; incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial; estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

Faz-se oportuno destacar que, se forem alcançados os objetivos da PNRS, será possível observar uma melhoria na qualidade de vida da população, na medida da “proteção da saúde pública e da qualidade ambiental”, e que a destinação correta dos resíduos sólidos proporcionará progressos, em várias esferas que atingem, significativamente, a vida do homem. Inclusive, no texto do mencionado artigo, encontram-se expressas ações que contribuem, não só para inserir e arraigar a consciência ambiental na cultura da sociedade como um todo (pessoas físicas e jurídicas, poder público), mas que também apoiam e favorecem a instituição de um modelo de “padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços” (Art.7º, III).

Para finalizar os comentários relativos aos objetivos, merecem destaque os incisos XI e XII do mesmo dispositivo. O primeiro, por ser uma medida que tornará pública e notória o envolvimento do poder público com as questões ambientais, facilitando a educação ambiental por meio da visualização do exemplo aplicado na vida real das pessoas, e o segundo, porque faz jus ao realce, por ser uma ação de cunho social e econômico louvável, pois, a integração de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, como facilitadores do processo de gestão ambiental adequada dos resíduos sólidos, proporcionará a inclusão social dessas pessoas, posto que agregará valor econômico ao trabalho desenvolvido pelos mesmos, e conseqüentemente contribuirá para remunerá-los e retirá-los da margem da sociedade.

1.2 Instrumentos

Os instrumentos são os meios que permitem a efetivação dos objetivos colimados na PNRS. Contudo, não se olvida que o legislador não dá a receita para o Poder Executivo prosseguir com a instrumentalização das ações, não obstante, o planejamento orçamentário financeiro envolvendo várias secretarias, como: infraestrutura, meio ambiente, educação e finanças.

A Lei nº 12.305/2010 é taxativa, no seu artigo 8º, ao elencar como instrumentos materiais e imateriais, os planos de resíduos sólidos, os inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos, a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa, o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas, o monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária; a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final, ambientalmente, adequada de rejeitos; a pesquisa científica e tecnológica, a educação ambiental, os incentivos fiscais, financeiros e creditícios; o Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos, e o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, dentre outros.

Dentre os diversos instrumentos previstos na lei, também, merece destaque a informação, como ferramenta capaz de efetivar a PNRS, haja vista que além de ser essencial para o desenvolvimento do conhecimento, e, por conseguinte, colaborar para o crescimento da educação da sociedade, segundo a doutrina de Machado “[...] a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada, de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada”⁸, nesse mesmo sentido, o autor, aduz:

A informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios, administrativos judiciais, para manifestar-se. O grande destinatário da informação – o povo, em todos os seus segmentos, incluindo o científico não-governamental – tem o que dizer e opinar⁹.

1.3 Diretrizes aplicadas aos resíduos sólidos

As diretrizes aplicáveis aos resíduos sólidos encontram-se dispostas do Art. 9º ao Art. 13 da PNRS. Consistem em um conjunto de indicações a serem usadas para implantar a gestão integrada de resíduos sólidos, e primam pela

8 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 2008, p.92.

9 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 2008, p.92.

“não geração, redução reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final, ambientalmente, adequada dos rejeitos” (Política Nacional de Resíduos Sólidos, Art. 9º). Também, há previsão expressa sobre a utilização de novas tecnologias que visem a recuperação energética, a partir dos resíduos sólidos produzidos nas cidades (Política Nacional de Resíduos Sólidos, Art.9º, §1º).

Os artigos 10, 11 e 12 delimitam, de forma taxativa, a responsabilidade de cada ente da Federação: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Cabe aos Municípios e Distrito Federal, a gestão de resíduos sólidos produzidos em seus respectivos territórios. Já os Estados, foram responsabilizados pela promoção da integração da organização, do planejamento e da execução das funções públicas, de interesse comum, relacionadas à gestão dos resíduos sólidos, assim como, controlar e fiscalizar as atividades dos geradores sujeitas a licenciamento ambiental, pelo órgão estadual do Sisnama, e a todos os membros da Federação, de forma conjunta, competiu a organização e manutenção do Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir), articulado com o Sinisa e o Sinima (artigos 10, 11 e 12 da Política Nacional de Resíduos Sólidos).

Para finalizar a parte relativa as diretrizes, com o fito de facilitar a identificação dos resíduos sólidos, o legislador estabeleceu no Art.13 dois tipos de classificação para otimizar a tarefa de dar destinação correta aos resíduos sólidos, quanto a sua origem e periculosidade.

1.4 Planos

Os Planos são os projetos elaborados pelo Poder Público, em integração com os setores empresariais e a coletividade, a fim de diagnosticar as circunstâncias atuais dos resíduos sólidos, em cada localidade, propondo cenários, metas, normas, programas e medidas para viabilizar o gerenciamento conjunto e eficiente dos resíduos sólidos.

Com o fito de alcançar um planejamento sistemático adequado com a realidade de cada local, o legislador determinou que a elaboração dos planos fosse delegada aos Estados e Municípios, em consonância com o Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Dessa forma, pode-se observar no esquema abaixo, os planos delineados no Art. 14 da lei:

- Plano Nacional de Resíduos Sólidos;
- Planos estaduais de resíduos sólidos;

- Planos microrregionais de resíduos sólidos;
- Planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas;
- Planos intermunicipais de resíduos sólidos;
- Planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos;
- Planos de gerenciamento de resíduos sólidos.

O Plano Nacional de Resíduos Sólidos, elaborado pela União e coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente, terá vigência de 20 (vinte) anos, com atualização a cada 4 (quatro) anos. A sua elaboração teve início no ano de 2011 e fora realizada, numa audiência pública, em cada região geográfica do País: Curitiba, Recife, Campo Grande, Belo Horizonte, Belém e Brasília. A estrutura do Plano Nacional de Resíduos Sólidos inicia-se com um Sumário Executivo do Diagnóstico da Situação dos Resíduos Sólidos no Brasil, capítulo este elaborado pelo IPEA – Instituto Pesquisa Econômica Aplicada, órgão vinculado a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

O Plano Nacional traz, em seu capítulo 1, o diagnóstico da situação dos resíduos sólidos no Brasil. Com base no ano de 2008, depreende-se a estimativa da composição gravimétrica dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil¹⁰, conforme tabela 1:

Tabela 1: Estimativa da composição gravimétrica dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil em 2008

Resíduos	Participação (%)	Quantidade (t/dia)
Material reciclável	31,9	58.527,40
Metais	2,9	5.293,50
Aço	2,3	4.213,70
Alumínio	0,6	1.079,90
Papel, papelão e tetrapak	13,1	23.997,40
Plástico total	13,5	24.847,90
Plástico filme	8,9	16.399,60
Plástico rígido	4,6	8.448,30
Vidro	2,4	4.388,60
Matéria orgânica	51,4	94.335,10
Outros	16,7	30.618,90
Total	100,0	183.481,50

Fonte: elaborado a partir de IBGE (2010b) e artigos diversos³

¹⁰ Disponível em: <http://www.sinir.gov.br/documents/10180/12308/PNRS_Revisao_Decreto_280812.pdf/e183f0e7-5255-4544-b9fd-15fc779a3657>. Acesso em: 12 out. 2017.

No intuito de forçar o cumprimento da gestão pública de resíduos sólidos, no Brasil, o legislador vinculou os estados à obrigação de elaboração de um Plano Estadual de Resíduos Sólidos (PERS), como condição para terem acesso a recursos da União destinados a empreendimentos e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos, como também, para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade¹¹. O prazo decorria, a partir do dia 02 de agosto de 2012.

Por sua vez, o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS) é condição necessária para o Distrito Federal e os municípios terem acesso aos recursos da União, destinados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos. O PGIRS terá conteúdo simplificado nos municípios, com população total inferior a vinte mil habitantes, apurada com base nos dados do censo mais recente realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹². Com relação ao estado do Ceará, dados do IBGE¹³, ano referência 2013, revelam que 34 (trinta e quatro) municípios não possuem Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, nos termos estabelecidos na Política Nacional de Resíduos Sólidos:

Planilha 1. Municípios cearenses (+ 20 mil habitantes) que não possuem Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos

Nome do município	População estimada 2013*
1 ACARAU	60.137
2 ACOPIARA	52.661
3 AQUIRAZ	76.186
4 ARACOIABA	25.988
5 ARARIPE	21.170
6 ASSARE	22.988
7 BARBALHA	57.818
8 BARRO	22.104
9 BATURITE	34.512

11 Ver o Art.16 da Lei nº 12.305/2010.

12 A linha de corte para elaboração do Plano Diretor Participativo é para os municípios com mais de 20 mil habitantes, conforme o artigo 182 da CF/88.

13 Com base nos dados revelados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ano referência 2013. Disponível em: <<http://www.sinir.gov.br/web/guest/2.5-planos-municipais-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos>>. Acesso em: 17 set. 2017.

10 BELA CRUZ	31.804
11 BOA VIAGEM	53.608
12 CAMPOS SALES	27.030
13 CARIRIACU	26.821
14 CAUCAIA	344.936
15 CRATO	126.591
16 EUSEBIO	49.455
17 GRANJA	53.435
18 GUAIBUBA	25.310
19 GUARACIABA DO NORTE	38.832
20 IBIAPINA	24.458
21 ITAPIPOCA	122.220
22 JARDIM	27.067
23 JUAZEIRO DO NORTE	261.289
24 LIMOEIRO DO NORTE	57.372
25 MARANGUAPE	120.405
26 MAURITI	45.640
27 MOMBACA	43.493
28 PACATUBA	77.723
29 PARACURU	32.919
30 SAO BENEDITO	45.653
31 SENADOR POMPEU	26.656
32 TABULEIRO DO NORTE	30.018
33 TIANGUA	72.110
34 URUBURETAMA	20.768

Fonte: Elaboração própria. Adaptação da planilha do IBGE, 2013.

Importante ressaltar que diversos municípios cearenses não foram inseridos na planilha 1, em razão de não possuírem ainda 20 mil habitantes (ano referência 2013). No contexto atual, de 2017, não se sabe a realidade desse quadro.

O Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos poderá ser inserido no Plano de Saneamento Básico, integrando-se com os planos de água, esgoto, drenagem urbana e resíduos sólidos, em conformidade com a Lei nº 11.445/2007. Nesse caso, será respeitado o conteúdo mínimo definido em ambos os documentos legais. 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

12.305/2010. A Prefeitura Municipal de Fortaleza lançou em novembro de 2012 o seu Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza¹⁴.

Vale ressaltar que, além de um melhor planejamento sistemático para o saneamento local, os planos têm caráter primordial no desenvolvimento de uma política social destinada à limpeza urbana e no manejo de resíduos sólidos, pois, de acordo com os artigos 16 e 18 da Lei nº 12.305/10, os planos são fatores condicionais para o acesso a recursos da União.

2. Barreiras que obstam a efetividade da PNRS

Diante de tantas inovações e vantagens trazidas pela Lei nº 12.305/2010, resta saber por quais razões uma lei tão transformadora e prestimosa, não tem surtido os efeitos práticos intentados. Primeiramente, deve-se ressaltar que ao delegar a função de elaboração dos planos ao poder público das localidades, para que as necessidades especiais de cada uma fossem abrangidas, o legislador teve suas nobres intenções destruídas, pois acabou por criar uma rede gigantesca e de difícil administração, na qual, os planos municipais ocupam a posição de maior relevância, pois, segundo as legislações estaduais, a gerência dos resíduos sólidos é remetida em último lugar aos municípios. Assim, a inexistência do plano municipal prejudica toda a cadeia de forma global.

Entretanto, o aspecto, ora mencionado, não seria um problema se houvesse a fiscalização adequada por parte da administração pública e dos cidadãos, que em última instância, poderiam mobilizar-se para fazer cumprir o seu direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, e à sadia qualidade de vida, delineados no Art. 225 da Constituição Federal de 1988. Isso ocorre porque, claramente, os indivíduos não se sentem compelidos a participar da gestão ambiental de suas cidades, o que nos remete a outro problema: a falta de incentivo à educação ambiental.

O grande vazio entre a legislação e a atuação do poder público, no que concerne às questões ambientais, foi amplamente discutido na obra de Caúla, em que se pode destacar o seguinte comentário, sobre a importância da educação ambiental:

14 Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza, Estado do Ceará. Disponível em: <https://urbanismoemioambiente.fortaleza.ce.gov.br/images/urbanismo-e-meio-ambiente/infocidade/plano_municipal_de_gesto_integrada_de_residuos_solidos_de_fortaleza.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

Assentada em uma nova ética, a Educação Ambiental exerce um papel de intervenção na sociedade, atuando como um imperativo para estimular as pessoas a uma mudança comportamental nos hábitos de consumo, de maneira a prevenir novos problemas ambientais¹⁵.

Solidificando o entendimento quanto à importância da educação ambiental e da participação da população, na efetivação da PNRS, Pereira¹⁶ leciona “podemos educar melhor nossos filhos e vizinhos para a mudança que está por vir. Somos todos responsáveis pelos ‘três Rs’ (redução, reutilização e reciclagem) [...]”.

Com efeito, observa-se o quão prejudicial tem sido a pouca atenção relegada à educação ambiental, instrumento essencial para o surgimento da consciência ambiental nos cidadãos, a fim de que compreendam a importância da preservação ambiental, em suas vidas, e, conseqüentemente sintam-se também responsáveis e assumam seu papel como parte integrante na cadeia de gestão integrada de resíduos sólidos.

O sociólogo Zygmunt Bauman alerta para a necessidade de contenção e moderação dos apetites de consumo são pré-requisitos inegociáveis da sobrevivência social e biológica. E complementa:

[...] a probabilidade de se estabelecer um limite ao aumento do consumo, para não dizer reduzi-lo a um nível ecologicamente sustentável, parece ao mesmo tempo nebulosa e repugnante – algo que nenhuma força política “responsável” (leia-se: nenhum partido preocupado com as próximas eleições) seria capaz de incluir em sua agenda política¹⁷.

Voltando a citar a magnitude da responsabilidade do Poder Público, pode-se perceber as poucas políticas públicas existentes, no sentido da preservação ambiental, além do escasso trabalho de divulgação das mesmas. Curiosamente, em discrepância com tal realidade, observa-se uma verdadeira “correria” para maquiagem o espaço público, com vistas a demonstrar que o Brasil é um país extremamente preocupado com preservação ambiental, tudo isso para adequar-se aos padrões ambientais exigidos pelos recentes eventos esportivos, como a

15 CAÚLA, Bleine Queiroz. *A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente*, 2012, p.186.

16 PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. Política Nacional de Resíduos sólidos e a definição de para onde vai o lixo: um caso de justiça ambiental. In: *XX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2011, p. 2295.

17 BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais*. Desigualdades sociais numa era global, 2013, p. 104-105.

Copa do Mundo FIFA de 2014. A estrutura deixada, com certeza, é um legado valioso, resta saber se será mantida em funcionamento e se a população estará apta a utilizar-se dela, para dar a destinação correta ao lixo urbano, começando pelos condomínios residenciais.

Com o objetivo de aferir o conhecimento dos indivíduos sobre a preservação ambiental, e a ligação da aparição relâmpago de ações voltadas a esse fim, com os eventos esportivos trazidos para o Brasil, nos últimos anos, apresentam-se algumas barreiras que obstam a efetividade da PNRS. Embora haja a ideia de que o poder público e todos os agentes da cadeia de consumo são responsáveis pela destinação adequada do lixo, e que apesar das mudanças destinadas a mascarar o ambiente público, a fim de passar a falsa impressão de que há uma significativa campanha em prol do meio ambiente, no Brasil, a população não observou mudanças expressivas, e, principalmente, que a Educação Ambiental é instrumento fundamental para o desenvolvimento da consciência ambiental, e sim, que o incentivo à Educação Ambiental tem sido relegado a último plano.

3. A poluição originada dos resíduos sólidos

A poluição constitui um dos problemas ambientais, de maior complexidade. No ano de 1981, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA (Lei nº 6.938) conceituou a poluição como: “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades” direta ou indiretamente prejudiciais à saúde, a segurança e ao bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; atinjam a biota de forma desfavorável; alterem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; dispensem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. O mesmo texto normativo especifica que são poluidores, pessoas físicas ou jurídicas (de direito público ou privado) que desenvolva determinada atividade causadora de degradação ambiental¹⁸.

A partir do conceito de poluição trazido pela PNMA, é possível constatar que os resíduos sólidos são também responsáveis pela poluição atmosférica e visual, sem obstar, também, a poluição do solo e da água, pois, ocupam grande parte do montante de lixo produzido, diariamente, nas grandes cidades. Desde o momento de sua produção, possui natureza jurídica de poluente, e recebe

18 Ver a Lei 6.938/1981, artigo 3º, incisos III e IV.

essa qualificação de acordo com Fiorillo¹⁹, porque o lixo urbano é incapaz de reintegrar-se com o meio.

A pouca atenção dada a esse material talvez se deva ao fato de que não se dispersam abrangentemente na natureza, com a mesma facilidade dos agentes poluidores do ar e da água, por exemplo.

Para um melhor entendimento do presente estudo, cabe salientar a distinção entre lixo e resíduo sólido. Assim sendo, aquele engloba todos os materiais que não são mais utilizados pelo homem, como aduz Fiorillo²⁰, “é o ‘resto’, a ‘sobra’ não reaproveitada pelo próprio sistema, oriunda de uma desarmonia ecológica”, enquanto o segundo é um conceito que compreende uma gama menor de materiais, perfeitamente, elencados na definição dada pela PNRS, em seu art. 3º, XVI²¹.

Há diversos tipos de resíduos sólidos e diversas maneiras de classificá-los. Para efeito da Lei nº 12.305/2010, em seu artigo 13, estão classificados quanto à origem: resíduos domiciliares, de limpeza urbana, resíduos sólidos urbanos, resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, resíduos dos serviços públicos de saneamento básico, resíduos industriais, resíduos de serviços de saúde, resíduos da construção civil, resíduos agrossilvopastoris, resíduos de serviços de transportes, resíduos de mineração. Não obstante, o mesmo dispositivo ainda especifica, a separação dos resíduos quanto à periculosidade.

A gestão dos resíduos sólidos varia de acordo com a legislação específica de cada local, ou seja, não está sujeita a um regime jurídico único, o que significa dizer que o tratamento será diversificado, em cada localidade, levando-se em consideração sua composição. Curioso é atentar para as obrigações impostas pela CF/88, aos municípios brasileiros, cujas condições orçamentárias são desniveladas. Dito de outra maneira, os municípios assumem as mesmas obrigações (saúde, educação, saneamento, gestão de resíduos etc) sem, contudo, possuir o mesmo orçamento²².

19 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 2008, p. 211.

20 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 2008, p. 208.

21 Art. 3º XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnicas ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

22 Sobre o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, o artigo 19, §2º da Lei nº 12.305/2010 dispõe: “Para Municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos terá conteúdo simplificado, na forma do regulamento”. No mesmo artigo,

Pode-se desde já, citar alguns tipos de tratamentos aplicados aos resíduos sólidos urbanos, sem, contudo, afastar os impactos deles, resultantes.

3.1 Reciclagem

A reciclagem, talvez, seja o processo de tratamento de resíduos sólidos mais comum, pois, basicamente, consiste no reaproveitamento de um material, através da sua transformação em um novo produto, ou como melhor define a PNRS, em seu Art. 3º, XIV, seria o “processo de transformação dos resíduos sólidos, que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos [...]”.

É importante lembrar que a coleta seletiva, que nada mais é do que a separação e acondicionamento do lixo, de acordo com seu tipo específico, objetivando facilitar a sua destinação correta, é parte integrante e essencial do processo de reciclagem, haja vista que tornar-se, infinitamente, mais fácil dar a destinação final, ambientalmente, adequada ao lixo, quando se encontra separado da forma correta.

3.2 Deposição

A Deposição é a forma mais antiga de livrar-se do lixo urbano. O procedimento resume-se a depositar o lixo em um determinado espaço ambiental destinado para esse fim. Esse método deu origem ao que se conhece popularmente, como *lixões*. É uma técnica pouco aconselhada, pois, gera uma série de prejuízos ambientais, sanitários, econômicos e sociais. Porém, apesar de todos eles, é amplamente utilizada devido ao fato de ser, infinitamente, mais simples do que as outras, e também, porque os custos são mínimos²³.

3.3 Aterragem

Esse procedimento consiste no tratamento do lixo em aterros sanitários, que são locais, particularmente, projetados para receber o lixo, de forma a

inciso §3º, ficam restritos à regra do §2º, os municípios com áreas de especial interesse turístico; aqueles cujo território abranja Unidades de Conservação.

23 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 2008, p. 217.

diminuir os riscos para a saúde da população²⁴. Nesse processo, os detritos são depositados num fosso no solo, previamente, impermeabilizado através da selagem com manta de PEAD (polietileno de alta densidade) e argila, para evitar a contaminação do lençol freático. Ao final do dia, a camada de resíduos é coberta com uma camada de terra, e assim segue, intercalando-se, as camadas de detritos e de terra até esgotar a capacidade máxima do aterro.

Vale ressaltar que, esse tipo de estrutura deve possuir um sistema de captação e tratamento do chorume, que é um líquido altamente poluente resultante da decomposição dos lixos, assim como, deve dispor de um sistema de captação dos gases produzidos durante a deteorização dos resíduos. Frise-se, por oportuno, que a adoção do método, em comento, é bastante criticada pela autora Tatiana Cotta Gonçalves Pereira, ao citar como prejuízo, dentre outros, o grande espaço consumido para sua instalação, afirmando que se trata de um modelo já ultrapassado, questionando, inclusive, sua adoção na PNRS²⁵.

3.4 Compostagem

A compostagem é o método através do qual os resíduos orgânicos são transformados em adubo. O procedimento ocorre em uma usina de compostagem, onde o lixo orgânico é separado do inorgânico e armazenado em um tanque, ou em pilhas, no chão, onde a matéria sofre decomposição e transforma-se em um composto que, como dito anteriormente, pode ser empregado como adubo na agricultura. O inconveniente desse método reside no fato do processo não extinguir os patógenos e parasitas. Assim, se houver material contaminado por em meio aos resíduos utilizados, o adubo restará contaminado²⁶.

3.5 Incineração

Consiste na incineração dos resíduos, em um local chamado de usina de incineração. É considerado o processo mais eficiente para acabar com o lixo,

24 Ver FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 2008, p. 217.

25 PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. Política Nacional de Resíduos sólidos e a definição de para onde vai o lixo: um caso de justiça ambiental. In: *XX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2011, p. 2291.

26 Ver FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 2008, p. 217-218.

pois, reduz, significativamente, o montante de resíduos, transformando-os em material inerte. Apesar de, a primeira vista, ser a melhor maneira de resolver o problema da destinação do lixo, deve-se ressaltar que trata-se do processo mais dispendioso, pois, os custos para montar e manter uma usina de incineração são bastante altos, haja vista, por exemplo, que se deve seguir, religiosamente, os critérios técnicos apropriados para conter a poluição do ar²⁷.

Diante da preocupação com o meio ambiente, da difusão do conceito de sustentabilidade, e com o objetivo de implementar e direcionar a gestão correta e integrada dos resíduos sólidos, no Brasil, o estudo apresentou a possibilidade de uma logística sustentável, no seio da administração pública, compartilhada com empresas e sociedade civil.

Conclusão

“Precisamos enfrentar o fato, meus amigos, de que o amanhã já é hoje. Estamos de frente para a feroz urgência do agora. E nesse dilema da vida e da história, existe o que se chama de chegar atrasado”.

Martin Luther king Jr.

As leis ambientais têm mostrado o desafio que o século XXI imporá aos Poderes Executivo e Judiciário, pois, o sistema federativo brasileiro não encontrou uma logística para os problemas ambientais. Conflitos de competência, atores sociais dissociados do papel de protagonistas da gestão e fiscalização dos seus próprios direitos são sintomas de enfraquecimento da efetividade das leis. Os Poderes não dialogam em favor do adimplemento dos direitos garantidos, e Instituições, como o Ministério Público, Defensoria Pública e Procuradorias, de forma individualizada, cumprem seu mister sem unir forças. E, nesse dilema da história, as soluções para os problemas são obstaculizadas. A quem pertence a gestão dos resíduos sólidos? Essa pergunta não bate a porta dos cidadãos, produtores constantes de resíduos e, indubitavelmente, poluidores. Os efeitos nocivos dos danos ambientais têm, evidentemente, uma logística reversa e também inversa.

27 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 2008, p.566.

A partir da análise do direito positivo, depreende-se que a preocupação da sociedade com a preservação do meio ambiente é um desiderato, embora ele exerça influência direta na qualidade de vida de todos os seres vivos. Por outro lado, com evolução da tecnologia e dos meios de produção, a partir da Revolução Industrial, os indivíduos passaram a cultivar, de forma crescente, a cultura do “ter”, o que os levou a um padrão de consumismo crescente, que aliado a produção, cada vez maior, de materiais descartáveis, e ao processo de urbanização, resultou no aumento de lixo e resíduos nas cidades, sem que houvesse uma preparação para receber tantos descartes e dar-lhes uma destinação saudável e eficaz.

Com o objetivo de implantar a gestão integrada dos resíduos sólidos, no Brasil, foi criada, em 2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que estabeleceu a responsabilidade compartilhada, de modo encadeado e com o envolvimento direto do consumidor final, dos produtores e dos Poder Público, cuja finalidade é promover a destinação adequada aos resíduos sólidos, a sustentabilidade e o desaquecimento, por força das emissões de gases oriundos de tantos produtos.

Embora a Lei nº 12.305/2010 traga em seu texto, princípios, objetivos, diretrizes, além das responsabilidades de cada agente, na rede de gestão integrada, nota-se a baixa densidade normativa, materializada pela inefetividade da norma, por razões variadas, com destaque para a desmotivação e para uma aculturação da sociedade, arraigada pelos costumes consumeristas.

Conclui-se, assim, que a sociedade não precisa apenas de leis. O poder público deve encontrar o meio de promoção da cultura do cumprimento das obrigações, de cada agente, mas também, deve prever punições para aqueles que não cumprirem com o seu papel dentro da gestão integrada dos resíduos sólidos, a começar pelo próprio Estado que deve servir de bom exemplo, no cumprimento e respeito às normas impostas, também, a ele e não apenas ao setor privado.

A iminente urgência de políticas destinadas à preservação ambiental, aliada a uma vontade social de educação ambiental de todos os munícipes, constituem os elementos determinantes para a formação de uma consciência ambiental permanente e equilibrada. No que pertine a efetivação da PNRS, importa reduzir a dois, os elementos necessários: a “gestão” e a “educação”, pois, só não existirá mudança se não se acreditar que é uma necessidade, e não um desejo ou simples alternativa.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**. Desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente - MMA**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/conferencia-das-partes>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos. Disponível em: <<http://www.sinir.gov.br/web/guest/2.5-planos-municipais-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos>>. Acesso em: 12 out. 2017.

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

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 12 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.445, 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.974, de 06 de junho de 2000**. Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9974.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000**. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras

substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

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/L9966.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.404, 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>. Acesso em: 17 set. 2017.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente.** Fortaleza: Premium, 2012.

CEARÁ. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza:** relatório IV, 2012. Disponível em: <https://urbanismoemeioambiente.fortaleza.ce.gov.br/images/urbanismo-e-meio-ambiente/infocidade/plano_municipal_de_gesto_integrada_de_residuos_solidos_de_fortaleza.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2017.

COMPANHIA DE ENERGIA DO CEARÁ – COELCE. **Projeto Ecoelce.** Disponível em: <<https://www.coelce.com.br/coelcesociedade/programas-e-projetos/ecoelce.aspx>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. Política Nacional de Resíduos sólidos e a definição de para onde vai o lixo: um caso de justiça ambiental. In: **XX Encontro Nacional do CONPEDI.** Belo Horizonte, 2011, p. 2284-2299. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/>>

XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23
%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A GESTÃO DOS
RESÍDUOS SÓLIDOS – SINIR. Disponível em: <[http://www.sinir.gov.br/web/
guest/logistica-reversa](http://www.sinir.gov.br/web/guest/logistica-reversa)>. Acesso em: 18 set. 2017.

Direito penal das águas: uma análise da proteção dos recursos hídricos no Brasil

Penal law of waters: an analysis of the protection of water resources in Brazil

*Erivaldo Moreira Barbosa
Jardel de Freitas Soares*

Resumo: Sem dúvida, uma das questões mais debatidas entre os pesquisadores da área ambiental refere-se a degradação e o esgotamento dos recursos hídricos no Brasil. A partir dessa análise, justifica-se a utilização do Direito Penal como uma alternativa inovadora na proteção jurídica das águas. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que o meio ambiente deve ser tutelado para garantir a sobrevivência da vida em nosso planeta por meio de novos paradigmas criminológicos. A metodologia empregada consiste no método investigativo e descritivo. Assim, a proteção criminal das águas pode ser plenamente realizada, desde que se proceda de maneira harmônica com os demais ramos do Direito e das ciências afins.

Palavras-chave: Ambiental. Direito Penal. Proteção. Águas. Paradigmas.

Abstract: Undoubtedly, one of the most debated issues among environmental researchers is the degradation and depletion of water resources in Brazil. From this analysis it is justified the use of Criminal Law as an innovative alternative in the legal protection of waters. The objective of the research is to demonstrate that the environment must be protected to ensure the survival of life on our planet through new criminological paradigms. The methodology used is the investigative and descriptive method. Thus, the criminal protection of the waters can be fully realized, provided that it proceed in a harmonious way with the other branches of law and related sciences.

Keywords: Environmental. Criminal Law. Protection. Waters. Paradigms.

Introdução

Considerando que as medidas de responsabilização civil e administrativa já não são mais suficientes para coibir a degradação das águas, a responsabilização penal foi implantada, como medida extraordinária, para amenizar o avanço do desgaste das águas, tão prejudicial a todos os seres vivos.

No que tange a importância técnico-científica, esta pesquisa se justifica diante da impossibilidade de sobrevivência dos seres vivos sem os recursos hídricos. Já sob o prisma social e econômico, a água é indispensável à sobrevivência humana e a circulação de riquezas; e no que se refere as motivações jurídicas e ambientais, serve de estímulo à conscientização da tutela penal das águas, no intuito de assegurar que as gerações vindouras possam desfrutar desse bem tão valioso.

Assim, pretende-se identificar a relação jurídica entre os crimes ecológicos e a crise dos recursos hídricos, tendo como objetivo geral analisar as teorias e as aplicações jurisprudenciais face aos delitos ambientais e as águas brasileiras, e mais, especificamente, provar que a responsabilidade penal por danos hídrico-ambientais é seguramente compatível com os novos paradigmas criminológicos, traçar um paralelo sobre as consequências da degradação das águas advindas do desenvolvimento econômico e estabelecer as vantagens, e desvantagens baseadas em um estudo sobre a responsabilização criminal dos recursos hídricos.

A metodologia empregada consiste no método investigativo e descritivo, ou seja, utiliza-se de uma profunda pesquisa nas doutrinas e julgados para maior aprofundamento na temática. Quanto aos métodos de procedimento, vislumbram-se o comparativo e o exegético-jurídico de maneira a confirmar ou refutar as hipóteses levantadas a partir da problemática do estudo. A técnica é a utilização de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e jurisprudências, além de artigos jurídicos e endereços eletrônicos de órgãos oficiais.

Pela exposição inicial, demonstra-se a enorme necessidade de pesquisar sobre a responsabilização penal por causar muitos prejuízos aos recursos hídricos.

1. Os novos paradigmas criminológicos e a proteção penal do meio ambiente

Com o desenvolvimento do controle em diversos setores econômicos, o capitalismo passou a caracterizar-se, principalmente, pelas privatizações e

formação de oligopólios, pela busca de poder econômico, pelo avanço dos meios tecnológicos e da obsolescência, e pela ausência de políticas públicas sociais e de proteção ambiental, dando origem a macrocriminalidade ambiental que são crimes ecológicos de grandes proporções.

A dimensão vitimológica desse fenômeno atinge, concomitantemente, vários espaços físicos e um número elevado de seres vivos, que devem ser protegidos por órgãos constitucionalmente instituídos e pela sociedade¹, pois os danos causados são muito prejudiciais e irreversíveis, já que o meio ambiente que é único, interligado e intransferível também é irrecuperável, e não pode ser alvo da irracionalidade do poder macroeconômico, que domina a atual conjuntura mundial.

Numa tentativa de reverter os problemas causados, as perspectivas de proteção penal mudaram totalmente, pois passaram de microssocial para macrossocial, de local para transfronteiriço ou transnacional, de individual para coletivo, de antropocêntrico para biocêntrico, de intenção personalíssima (subjéctiva) criminosa para os riscos sociais (objetivamente). Sobre o tema, Alcântara discorre o seguinte sobre a mutação do Direito e os novos problemas sociais:²

Assim, as transformações sociais e econômicas ocorridas no último século, além de trazer novas necessidades ao homem, deixaram clero que o desenvolvimento alcançado, em sua incessante busca pela satisfação, pelo conforto e pelo sucesso, tem sido desmesurado, e nem sempre é feito de forma organizada, cautelosa e racional, causando, assim, a necessidade de se construírem novas normas comportamentais.

Dessa forma, os direitos metaindividuais foram ganhando importância, em especial o direito ambiental, pois se percebeu que ele, devido à sua magnitude, não poderia ser apenas um suplemento de outro ramo do direito, não poderia ser apenas um acessório do direito administrativo ou do direito constitucional, e sim ganhar magnitude de uma ciência autônoma.

1 No MS 26064 / DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 17.06.2010: “1. A Constituição do Brasil atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado. [CB/88, art. 225, §1º, III]. 2. A delimitação dos espaços territoriais protegidos pode ser feita por decreto ou por lei, sendo esta imprescindível apenas quando se trate de alteração ou supressão desses espaços. Precedentes. Segurança denegada para manter os efeitos do decreto do Presidente da República, de 23 de março de 2006 (destaque nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 181.636-1, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

2 ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Tutela de Urgência Ambiental na Ação Civil Pública**. Leme: JH Mizuno, 2007, p. 21.

Sua relação com os demais ramos do direito decorre de sua própria grandeza, emana do fato de o seu objeto de cognição afetar todos os setores da sociedade, sendo inclusive necessário para a proteção da existência de todas as formas de vida (destaque nosso).

Os resultados e o *modus operandi* da macrocriminalidade ambiental não são comuns em diferentes locais do mundo, pois, possuem características próprias – em cada local, nunca analisadas pelos estudiosos e sentidas por toda a sociedade. Por isso, o Direito penal necessita, urgentemente, adaptar-se e aliar-se a outras ciências para coibir o avanço da nova criminalidade advinda dos grandes interesses econômicos que devasta o meio ambiente e prejudica, massivamente, os seus valores fundamentais.

Segundo Zaffaroni³ a sociedade e o Direito não utilizam mais, em sua essência, os conhecimentos e experiências das outras ciências e não procura utilizar mecanismos críticos aprofundados para a resolução de seus problemas cotidianos. O Direito, mais especificamente o Direito Penal, é utilizado, ainda hoje, como uma prática meramente generalista, sem suporte teórico consistente. É algo que não pode ocorrer diante dos novos acontecimentos sociais, que exigem dos estudiosos um sincretismo de conhecimentos empíricos e de teorias, das mais diversas áreas científicas.

Os riscos sociais oriundos do sistema político-econômico vigente, em uma sociedade capitalista, são imensuráveis e iminentes, já que ameaçam, cotidianamente, o nosso ecossistema e produz a fragilidade em vários setores da população, especificamente, os hipossuficientes. Para Avzaradel⁴, a vulnerabilidade provocada pelos riscos, atinge principalmente determinados grupos sociais, como ele abordou:

Além da vulnerabilidade institucional – de certa forma, vislumbrada por Beck ao analisar deficiências no pensamento social e na capacidade de gerenciar riscos-Marcelo Porto acrescenta a vulnerabilidade populacional. Sua origem radica na discriminação a determinados grupos ao quais se destinam maiores cargas de riscos, admitido a interação dessa espécie com as vulnerabilidades dos ecossistemas em

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

4 AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. **Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 221-222.

que a população está inserida. Como se pode depreender, o problema está ligado à exclusão social daqueles cuja forma de socialização impede o acesso a determinados bens culturais e promove dificuldades de perceber, priorizar os riscos, de se mobilizar e influenciar processos decisórios referentes à gestão do cenário em que vivem.

O que se discute sobre a viabilidade e a efetividade do Direito Penal, na seara ambiental, é dizer até que ponto a previsão de crimes e suas punições se tornam eficazes na tutela ecológica. No entanto, é primoroso destacar que a atuação do Direito Penal terá sempre caráter de última razão, pois, somente atuará em casos extremos e quando outros mecanismos de prevenção ou de coação extrapenais não funcionarem devidamente. Concluem Barbosa *et al.*:⁵

Portanto, ao analisar os aspectos criminológicos do dano ambiental percebe-se a dimensão complexa que a sociedade vem enfrentando diante da macrocriminalidade moderna, como também, a necessidade de se criar novos mecanismos jurídicos que evitem esta decadente realidade. O Direito Penal, além de se preocupar com a proteção de bens individuais tem na contemporaneidade a obrigação de ter uma atenção especial aos valores que dizem respeito à coletividade, a um todo indivisível, aos bens macrosociais, mesmo que para isso tenha que modificar alguns paradigmas clássicos, tarefa muito difícil, pois de todos os ramos das Ciências Jurídicas, a Ciência Penal é tradicionalmente a mais resistente a mudanças, contudo, nos últimos tempos é o que mais tem evoluído.

Retirar a simbologia das Ciências Criminais da proteção ambiental, não é aconselhável, pois o bem jurídico ambiental é protegido pela Constituição Federal brasileira de 1988, e passa a ser o que se possui de mais valioso, atualmente. Assim, necessita-se da força pedagógica e repressiva do Direito Penal para dar maior segurança jurídica a sociedade.

Nesse entendimento, também afirmam Arcocha e Allende Rubinoque:⁶

El Derecho Penal puede y debe proteger el ambiente. Se trata de un bien jurídico que tiene rango constitucional, estructurado como

5 BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito Ambiental e dos Recursos Naturais**: biodiversidade, petróleo e águas. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 278.

6 ARCOCHA, Carlos Enrique; ALLENDE RUBINO, Horacio L. **Tratado de Derecho Ambiental**. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, p. 405-406.

derecho deber de naturaleza compleja. El Derecho Penal aparece como fortificador de la eficacia normativa de otras especializaciones del derecho (recordemos que debemos entender el derecho como un todo, tal como ya señaláramos) a través de su especial actividad represiva.

Não se trata de pretender penalizar todas as condutas por meio da punição e repressão, não se trata de um expansionismo demasiado do Direito Penal, mas de moldagem das necessidades de proteção aos axiomas mais importantes da sociedade. A força da lei penal não é a salvadora das mazelas sociais, inclusive utiliza-se em *ultima ratio*. No entanto, trata-se de um mecanismo que traduz um estágio de consciência e evolução de um povo, já que se a sociedade brasileira fosse sensível as causas ecológicas, não precisariam de normas, muito menos de normas criminais. “Sabemos que sustituir el derecho penal por algo mejor será posible sólo cuando sustituyamos nuestra sociedad por una sociedad mejor [...]”⁷.

Dessa forma, com o passar do tempo, a sociedade passou por transformações significativas e a Ciência Criminal foi obrigada a acompanhar essas mudanças. Hoje, os bens jurídicos a serem tutelados não são mais os mesmos de algumas décadas ou séculos atrás. Atualmente, deve-se valorizar vida como um todo.

2. Os recursos hídricos como direito fundamental da pessoa humana

No Brasil, a questão ambiental tomou um grande corpo com a Constituição Federal de 1988, pois até então, as normas que protegiam o meio ambiente eram ineficazes e serviam apenas como paliativo para um problema que crescia a todo instante. Pela primeira vez na sua história, a Carta Magna brasileira, no seu título VIII, da Ordem Social, mais precisamente no artigo 225, em seus incisos e parágrafos é prevista, especificamente, inúmeras políticas ambientais: “O constituinte, ao inserir no texto constitucional o princípio garantidor da defesa do meio ambiente, está tornando-se um eco das preocupações internacionais a respeito do assunto”⁸.

Por outro lado, a Constituição brasileira não trata, explicitamente, a água como Direito Fundamental, mas como um bem da União (art. 20, III) e dos

7 BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico - Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 221.

8 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92.

Estados (art. 26, I) e que devem ser regulados por estes. É sabido que os recursos hídricos possuem um caráter primordial à sobrevivência humana, e por isso merece ser equiparada a um Direito Fundamental, como a moradia, a saúde, a educação e nacionalidade, dentre outros. Não é lógico, portanto, que diante da crise hídrica presenciada, atualmente, as águas sejam ainda colocadas em segundo plano pelas regras constitucionais garantistas. Moralejo⁹ evidencia que os bens hídricos para sociedade é um Direito Fundamental, quando relata que:

La importancia del agua dulce crece día a día, su revalorización, producto de numerosos factores, hacen de ella un preciado bien social, económico y ambiental, que, según los expertos pronostican, escaseará en un futuro, tal vez, no tan lejano. **El acceso al agua constituye además un derecho humano fundamental e inalienable; el derecho al agua es el derecho a la vida** (destaque nosso).

No que se refere a legislação internacional, destaca-se a Declaração Universal das Águas¹⁰, que a ONU publicou em 1992, no Rio de Janeiro. Em seu artigo 2º está descrito que a água é um Direito Fundamental do homem, equiparável ao direito à vida. “[...] que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art.5º da CF/88, podendo ser encontrado ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela

9 MORALEJO, Diana B. *Agua: el oro azul*. CAFFERATTA, Néstor (diretor). In: **Revista de Derecho Ambiental**:doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. Buenos Aires: Abeledoperrrot, 2013, p. 211.

10 A presente Declaração Universal dos Direitos da Água foi proclamada tendo como objetivo atingir todos os indivíduos, todos os povos e todas as nações, para que todos os homens, tendo esta Declaração constantemente no espírito, se esforcem, através da educação e do ensino, em desenvolver o respeito aos direitos e obrigações anunciados e assomam, com medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação efetiva.

Art. 1º - A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos. Art. 2º - A água é a seiva do nosso planeta. Ela é a condição essencial de vida de todo ser vegetal, animal ou humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura. **O direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano: o direito à vida, tal qual é estipulado do Art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem.** (destaque nosso). (...) ONU. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DAS ÁGUAS DE 1992. Protocolo sobre Água e Saúde, adotado em 17 de junho de 1999. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>>. Acesso em: 15 de abr. 2016.

Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.”¹¹.

Todavia, alguns grupos econômicos motivados pelos lucros, tratam esses textos internacionais como normas de caráter meramente recomendativo e secundário. É dizer: traduz uma *Soft Law*¹². Barbosa¹³ explica o seguinte sobre a seara internacional e sua política legal ambiental:

A água, como direito fundamental da pessoa humana, ainda não é reconhecida (positivada) nos Documentos Internacionais de Direitos Humanos e/ou Fundamentais. Somente a Declaração Universal dos Direitos das águas, no art.2º, afirma que o direito à água é um dos direitos fundamentais do ser humano, todavia, a Declaração não é um documento cogente, quer dizer, um documento que desfrute de força obrigatória, exigindo, pois, cumprimento por parte dos diversos atores sociais envolvidos nos conflitos, nem ao menos pressiona direta ou indiretamente os Organismos Internacionais e governos que incorporem em seus documentos essa exigência ambiental e social.

Para Varella,¹⁴ é conduta comum na política globalizada os interesses econômicos se sobreporem ao ecológico. Dessa forma, indubitavelmente, ao se fazer uma interpretação lógico-sistemática da Constituição de 1988, constata-se que os recursos hídricos possuem *status* de Direito Fundamental, reconhecido, inclusive, internacionalmente. Por outro lado, as legislações dos países signatários dos tratados internacionais não estão assegurando esse direito em sua plenitude. Inclusive o Brasil.

11 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 669.

12 São atos normativos de caráter meramente de assistências mútuas, diplomático-político e não propriamente uma norma internacional jurídico-criminal de cunho sancionador e protetivo. Logo, torna-se quase que inútil para uma proteção penal mais efetiva dos recursos hídricos a nível comunitário.

13 BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito Ambiental e dos Recursos Naturais: biodiversidade, petróleo e águas**, p.245.

14 VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

3. O ordenamento jurídico brasileiro e o tratamento penal dos recursos hídricos

O Código Penal pátrio de 1940 passou a tipificar algumas condutas criminosas que envolvem a subtração e o desvio ou o uso indevido das águas, assim expresso no Título II, capítulo I e III, onde a objetividade jurídica é o patrimônio (furto, artigo 155, §3º; e alteração de limites, artigo 161, § 1º, I). Como também, no Título VIII, capítulo III, em que o objeto tutelado é a saúde pública (envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, art.270; e corrupção ou poluição de água potável, artigo 271).

Os delitos tipificados no Diploma Penal ressaltam uma visão, estritamente, antropocêntrica dos bens ecológicos, pois trata o elemento água, como pertencente, exclusivamente, ao ser humano. Essa percepção, quando se parte de uma ideia de que o homem é o único centro a ser beneficiado e que o meio ambiente é um acessório a disposição de suas necessidades, é totalmente equivocada. Os recursos hídricos compõem um contexto em que a vida é o ponto central de tutela. Caso contrário, a degradação das águas sempre será legitimada pelo desenvolvimento econômico em favor da humanidade. “No caso da água, a história mostra com clareza que sempre que houve regulamentações, estas se basearam na preservação da saúde pública ou no uso industrial, significando que o bem jurídico protegido foi sempre de caráter humano”¹⁵.

Na mesma linha de pensamento, Pierangeli a defende nos termos a seguir:¹⁶

Apenas para aclarar, o meio ambiente não se confunde com outros bens jurídicos tradicionais protegidos pelo Direito Penal, como a propriedade, a saúde pública, pois, conquanto possa, de forma indireta, proteger estes deve ser considerado de maneira autônoma, independente, por se tratar de bem jurídico cuja preservação se liga à própria existência do homem.

A legislação especial que tipifica e pune os delitos contra o meio ambiente, a Lei nº 9.605/98, surgiu algumas décadas, mais tarde. Contudo, neste texto normativo, existe apenas uma previsão criminosa com relação às águas, quando

15 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2010, p. 31.

16 PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. São Paulo: RT, 1999, p. 215.

se trata da poluição hídrica causada pelas pessoas físicas ou jurídicas¹⁷¹⁸, expressas no seu artigo 54, § 2º, III e IV.

Vale destacar que o crime ecológico, mais comum em nossa sociedade, é o de poluição hídrica, como também, nas palavras de Édis Milaré *et al*¹⁹ que exige para a configuração desse delito a efetiva lesão ou perigo de lesão à saúde humana, à fauna e a flora.

Prado²⁰ faz anotações pontuais sobre o delito de poluição das águas:

A poluição *hídrica* não pode ser definida a partir da pureza das águas (que mesmo em seu estado natural têm um grau de pureza muito variável), mas sim em relação às alterações de suas características existentes após a ação humana, implicando modificação estrutural do ecossistema (predominância de diferentes espécies, substituição da biota, desaparecimento da biocenose). Exige-se que a alteração das propriedades (físicas, químicas ou biológicas) da água decorram ou possam decorrer – probabilidade – dano à saúde do homem, ou morte em grande número de animais ou devastação grave da flora. Aumenta-se a pena se há indispensável corte no fornecimento público de água de uma comunidade.

17 Para Soares (2013) A pessoa jurídica no desenvolvimento de suas atividades capitalistas pode vir a agredir criminosamente o meio ambiente. Sendo a agressão consequência de interesse institucional na obtenção de proveito financeiro, está presente a capacidade de atribuição penal. E esta capacidade está para a responsabilização penal da pessoa jurídica, assim como a culpabilidade está para a responsabilidade criminal da pessoa física.

18 No Recurso Extraordinário nº 548181 / PR, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que: O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. **A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.** 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. (destaque nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548181 / PR, do Tribunal de Justiça do Paraná, Brasília, DF, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

19 MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: RT, 2013.

20 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: RT, 2005, p. 423.

A Lei nº 9.605/98 ainda prescreve em seu artigo 28, I, a possibilidade de extinção da punibilidade caso o agente criminoso promova a reparação do dano ecológico. Configurando-se uma incoerência legislativa, que é querer justificar o injustificável. Quando se trata de proteção do meio ambiente, deve-se incentivar que o dano não ocorra e agir preventivamente²¹, pois a vida não pode ser restaurada no seu *status quo ante*, e “premiar” o criminoso por “restaurar” o resultado delituoso ambiental. No máximo a lei deveria considerar a atitude de reparação como sendo uma atenuante genérica. “Daí entende-se que a razão de ser dos instrumentos de defesa do direito ambiental, no Brasil, adquire feição nitidamente *preventiva*”²².

Pelo exposto, observa-se que as legislações vigentes não estão, devidamente, preparadas para proteger os recursos hídricos, já que a atual Política Penal não inovou em seus preceitos diante da crise hídrica, causada principalmente por danos criminosos causados ao meio ambiente.

Conclusão

As novas teorias, como: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a culpabilidade objetiva (risco) do agente criminoso, a teoria biocêntrica e a vitimização massiva, devem ser mais observadas pela legislação penal brasileira no que se refere a proteção ecológica.

Os recursos hídricos, principal assunto deste estudo, é realmente um Direito Fundamental inerente a pessoa humana, em nível de norma constitucional e internacional. Inclusive, constatou-se que a tutela penal das águas, na medida em que inibe, eficazmente, o crime ecológico, é um instrumento valioso de combate

21 No Recurso Especial nº 96737, O Superior Tribunal de Justiça decidiu que :1. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. (destaque nosso) [...]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 967375, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 20 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

22 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Tutela do Meio Ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais do direito ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública: lei 7.347/1985- 15 anos**. São Paulo: RT, 2001, p.110.

à crise hídrica no Brasil, e que o ordenamento jurídico-penal nacional se torna inoperante diante da nova criminalidade ecológica, devido haver tipificações escassas, genéricas e ultrapassadas em relação à proteção dos recursos hídricos.

Finalmente, demonstrou-se que não se trata de um expansionismo exagerado do Direito Penal, mas, da consciência de que a tutela criminal hídrica pode ser realizada, desde que exista harmonia interdisciplinar com um sistema jurídico no propósito de proteger a vida como um todo, e não somente a vida humana.

Referências

ALCÂNTARA, Fábio Bonomo de. **Tutela de urgência ambiental na Ação Civil Pública**. Leme: JH Mizuno, 2007.

ARCOCHA, Carlos Enrique; ALLENDE RUBINO, Horacio L. **Tratado de Derecho Ambiental**. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. **Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico - Penal**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito Ambiental e dos Recursos Naturais: biodiversidade, petróleo e águas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; MEDEIROS, Orione Dantas de; RABBANI, Roberto M. Rahnemay; SOARES, Jardel de Freitas. **Direito Constitucional e Direito Ambiental: diálogos possíveis**. São Paulo: Max Limonad, 2015.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **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>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548181 / PR**, do Tribunal de Justiça do Paraná, Brasília, DF, 30 out. 2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 de abr. 2016.

_____. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 967375**, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 20 nov. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 de abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 181.636-1**, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 6 ago. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 de abr. 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Tutela do Meio Ambiente em face de seus aspectos essenciais: os fundamentos constitucionais do direito ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública**. Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: RT, 2001, p. 101-112.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. São Paulo: RT, 2010.

MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: RT, 2013.

MORALEJO, Diana B. Agua: el oro azul. CAFFERATTA, Néstor (Diretor). In: **Revista de Derecho Ambiental**: doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. Buenos Aires: Abeledoperrot, 2013.

ONU. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DAS ÁGUAS DE 1992. Protocolo sobre Água e Saúde, adotado em 17 de junho de 1999. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídico - Penais**. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: RT, 2005.

SOARES, Jardel de Freitas. **La Criminalidad Ambiental de las Empresas en el Mercosur**. Cajazeiras: Real, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

Princípios ambientais e o judiciário brasileiro: precavido ou prevenido?

Environmental principles and the brazilian judiciary: cautious or prevented?

*Hertha Urquiza Baracho
Beatriz Rolim Cartaxo*

Resumo: É possível haver uma harmonia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental. Para tanto, foram criados diversos meios jurídicos para resguardar um ambiente ecologicamente equilibrado. O presente artigo tem como objetivo central abordar os princípios ambientais da precaução e da prevenção no Judiciário, uma vez que, a degradação do meio ambiente é um fator que mostra as consequências do desenvolvimento de forma desordenada, nos vários cantos do planeta. Na maioria dos casos, a irreparabilidade devido essa degradação é imprescindível, bem como, a preocupação com a questão da prevenção e precaução que circunda o Direito Ambiental.

Palavras-chave: Prevenção. Precaução. Judiciário Brasileiro.

Abstract: It is possible to have a harmony between economic development and environmental preservation. To this end, various legal means have been created to safeguard an environmentally balanced environment. The main objective of this article is to address environmental principles of precaution and prevention and the Judiciary, since environmental degradation is a factor that shows the consequences of development in a disorderly way in the various corners of planet. In most cases, the irreparability due to such degradation is imperative, as well as the concern with the issue of prevention and precaution that surrounds Environmental Law.

Keywords: Prevention. Precaution. The Brazilian Judiciary.

Introdução

Face aos problemas ambientais enfrentados pela humanidade, em escala global, é evidente a urgência de uma mudança de paradigmas e prioridades. A evolução referente à compreensão do meio ambiente que resultou na (re) incorporação de valores ecológicos no cotidiano levou o direito a visar à sua tutela, não só em função da possibilidade do aproveitamento humano, mas também, objetivando a proteção de sua capacidade funcional ecológica.

Na doutrina pátria e internacional esse debate entre as definições e distinções entre os princípios da precaução e da prevenção é frequente. A prevenção demanda a certeza do perigo imposto por uma atividade, tendo a intenção de impossibilitar a repetição de danos já conhecidos pela sociedade, como resultado da mesma. Por outro lado, a precaução funda-se na falibilidade científica e intenta na minimização da criação de novos riscos.

O direito ambiental enfrenta, no século XXI, novos tipos de ameaças de dimensão global e de capacidade destrutiva, sem precedentes, em que as consequências de determinadas atividades, que são caracterizadas pela imprevisibilidade e irreversibilidade, tornam inadmissível a espera pela concretização dos seus efeitos danosos. O direito ambiental questiona essas atividades, quando analisadas, adequadamente devido as suas potencialidades de risco.

A relevância deste estudo está no fato dos bens ambientais serem finitos, e que se, uma vez degradados, acredita-se que raramente poderá ser susceptível de reparação, razão pela qual se deve priorizar a inserção de instrumentos que atuem na prevenção de riscos, antes de ocorrer um dano ambiental. Essa ideia de precaução traduz uma necessária ética nas decisões, nesse contexto de incerteza. Sua aplicação é um dos sinais das transformações filosóficas e sociológicas, nas quais está inserida a sociedade atual. Apesar da compreensão de que toda atividade humana é geradora de riscos, potencialmente concretizáveis, e ter-se o risco zero como utopia, não é cabível, ainda, a aceitação dos riscos, sobre os quais, a sociedade não tiver se pronunciado.

A natureza da vertente metodológica desta pesquisa será a de abordagem qualitativa, pois, conforme Oliveira¹ é “(...) forma adequada para poder

1 OLIVEIRA, Olga M.B. Aguiar de. *Monografia jurídica*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

entender a relação de causa e efeito do fenômeno e conseqüentemente chegar a sua verdade real". A investigação qualitativa é caracterizada como²:

(...) fonte direta de dados no ambiente natural, constituindo-se o pesquisador no instrumento principal; é uma pesquisa descritiva, em que os investigadores, interessando-se mais pelo processo do que pelos resultados, examinam os dados de maneira indutiva e privilegiam o significado.

Sobre o método de abordagem, o dedutivo é o que se faz mais pertinente até o momento. Uma vez que se partirá de uma premissa geral, ou seja, será a análise dos princípios ambientais de forma ampla, para uma particular, verificando através das jurisprudências, nos casos específicos, se há atuação do judiciário brasileiro junto aos princípios da precaução e da prevenção. O método jurídico de interpretação será sistemático, a partir do momento em que se considera a hierarquia jurídica na elaboração das conclusões. Além disso, leituras críticas, interpretativas, analíticas e sistemáticas serão utilizadas a todo o momento, a fim de uma busca das mais variadas informações a respeito do *corpus* aqui envolvido. Quanto à sua classificação, será utilizada a técnica explicativa, a fim de aplicar os entendimentos expostos no mundo prático. Por fim, na análise bibliográfica, serão feitas consultas a diversas doutrinas, normas constitucionais, e, principalmente, às jurisprudências que versem sobre o tema.

1. Direito ambiental

Os tratados de direito ambiental afirmam que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, numa perspectiva que tem como parâmetro o interesse e o bem comum, e que cabe ao Estado, determinadas prestações para a proteção e a prevenção desse bem ambiental, bem como, cabe a coletividade controlar as medidas tomadas pelo poder público, relativas ao meio ambiente, colocando em prática o direito à participação, devendo, criar condutas nesse sentido, buscando junto à coletividade, solidariamente preservar hoje, o direito das gerações de amanhã³.

2 BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação e tese. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

3 NOGUEIRA, Carmen Patrícia Coelho. **Desenvolvimento sustentável**: importância do meio ambiente para a qualidade de vida. 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.estado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

O Direito ambiental, também chamado Direito do meio ambiente, segundo Madrigal⁴:

Surgiu na sociedade com uma finalidade definida, um objetivo claro: tendo em vista que o ambiente encontra-se grave e permanentemente ameaçado, colocando em risco as condições de ideais de vida, tornando-se necessária uma reação, devendo o Direito imaginar e pôr em prática sistemas de prevenção e de reparação adaptados a uma melhor e mais eficaz defesa contra as agressões oriundas do desenvolvimento da sociedade moderna.

2. Princípios e o ordamento jurídico

A palavra princípio tem origem no latim *principium*, que significa início, começo, origem das coisas. Inclusive, os princípios, assim como as regras, devem ser entendidos como normas, pelo fato de que ambos os termos dizem o que deve ser. O termo princípio, também, por si só, expõe a ideia de início, algo que serve de base a algum acontecimento ou evento. Assim, os princípios formam a base de todo o sistema jurídico e podem, no ordenamento jurídico brasileiro, encontrar-se expressos na própria legislação, em que será conhecido pelo intérprete apenas pelo ato de ler o texto legal, como é o caso do Princípio da Isonomia, da Legalidade, e do Devido Processo Legal.

Os princípios exercem papel fundamental no ordenamento jurídico, em face de sua posição hierárquica, e são fontes norteadoras de elaboração das regras, em que os operadores do direito se amparam para aplicar a norma mais apropriada, justa e efetiva, atendendo de forma admissível a finalidade do direito, que é uma ferramenta de pacificação social.

Tendo em vista essa base fundamental, Bulos esclarece⁵ que os princípios são norteadores indispensáveis à configuração do Estado e à determinação da sua forma de ser, influenciando os valores acolhidos pelo ordenamento jurídico, e são fundamentais, também, por constituírem a base do edifício constitucional. Tais princípios encontram-se na Constituição Federal, nos artigos 1º ao 4º. Eles

4 MADRIGAL, Alexis. **Princípios do Direito Ambiental**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45799/principios-do-direito-ambiental>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

5 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

são compostos de direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis, objetivando orientar a ação do intérprete na tomada das decisões por particulares ou por órgãos públicos, de qualquer instância. Objetivam, especialmente, proteger a unidade da Constituição brasileira e, principalmente, conservar o Estado democrático de direito.

Cada princípio é criado para ser, efetivamente, observado como algo supremo, de modo que sua violação pode causar mais prejuízo do que violar a norma em si, pois será atingido um comando normativo. Vê-se, então, a elevada importância dos princípios, visto que conferem o caráter de unidade a um sistema jurídico. Portanto, cabe ao intérprete e ao aplicador da norma se valer dos métodos indispensáveis de interpretação do direito acerca desse instituto jurídico. Quando se fala em princípios, vem logo, à mente, a ideia de ponto de partida porque a palavra princípio significa aquela proposição diretora de uma ciência, a qual todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado. Assim, os princípios jurídicos são ideais centrais que proporcionam uma estruturação lógica e coerente do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, orientador máximo do ordenamento jurídico brasileiro, trazem sua estrutura normativa um conjunto de princípios (regras jurídicas superiores) e normas jurídicas, que por sua vez, devem se adequar a esses princípios que são o centro dos valores expressos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios jurídicos tratam de valores éticos, políticos e jurídicos que estão consolidados na sociedade e que ascenderam à categoria de princípios constitucionais. Eles, determinam a substância dos atos que lhe são inferiores, não se destinam apenas aos legisladores, mas também, aos governantes, juízes e cidadãos, direcionando as normas jurídicas, e os comportamentos estatais e particulares.

O Direito Ambiental é uma matéria, relativamente, nova. Entretanto, independe de outras matérias, uma vez que possui princípios próprios que têm por finalidade o resguardo e a manutenção do meio ambiente para as gerações futuras. Fiorillo ressalta⁶ que, “o direito ambiental é uma ciência nova, porém, autônoma, pois possui os seus próprios princípios diretores, presentes no artigo 225 da Constituição Federal”. Afirma, ainda, o citado autor que os mencionados princípios constituem pedras fundamentais dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo abraçados, internacionalmente, como fruto da

6 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativa do caminho apropriado para o amparo ambiental, em concordância com a realidade social e com os valores culturais de cada Estado.

Antunes destaca⁷ que os princípios do Direito Ambiental não existem em si mesmo, de forma autônoma e desvinculada da ordem jurídico-constitucional; ao contrário, eles só encontram existência no interior da Ordem Constitucional, na qual devem ser interpretados em harmonia com os demais princípios da própria Lei Fundamental e, o que é muito importante, subordinados aos princípios fundamentais que regem a República Federativa Brasileira.

2.1 Princípios da prevenção e da precaução

Os princípios da prevenção e da precaução estão, intrinsecamente, ligados em função do perigo ou risco que tutelam, só se diferenciando em suas abrangências. A precaução foi estabelecida, pela primeira vez, como princípio ambiental, segundo leciona Beltrão⁸, “em uma lei da República Federativa da Alemanha, em 1976, no momento em que o governo federal conduziu administradores nas atividades poluentes”. Sua concepção foi incorporada, segundo Beltrão⁹ “no projeto de lei de proteção da qualidade do ar. Ele determinava controles para diversas atividades potencialmente danosas, tais como: ruídos, vibrações e muitas outras relacionadas a limpeza atmosférica”. Na sua primeira formulação foi estabelecido que a precaução consistisse em desenvolver processos, em todos os setores da economia, que reduzissem, significativamente, as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias danosas.

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e para o Desenvolvimento, mais conhecida como Rio 92, segundo Machado¹⁰, serviu como pavimento para que o princípio da precaução fosse posteriormente introduzido no direito pátrio. Na oportunidade, foi votada por unanimidade a “Declaração do Rio de Janeiro”, com 27 princípios, entre eles, o princípio

7 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

8 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2009.

9 *Ibidem*.

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

da precaução, que foi redigido como o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, da seguinte maneira:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Ademais, segundo Beltrão¹¹, no âmbito da legislação brasileira, o princípio da precaução foi recepcionado na Lei nº 11.105, de 24 de Março 2005, que trata da Política Nacional de Biossegurança (PNB) e dispõe expressamente em seu artigo 1º:

Artigo 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Na mesma senda, Sirvinskas¹² leciona que “a Lei nº 11.105/05 procura estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização, com observância ao princípio da precaução”. Assim, nesse contexto, o termo precaução, que segundo Alves¹³, significa “atitude adotada com o escopo de evitar a ocorrência de certo mal” foi inserido no plano internacional e, apesar de não existir um consenso quanto ao seu significado e ser, comumente, confundido com a prevenção, a precaução denota um passo adiante na evolução do direito ambiental. Sobre o tema, Beltrão refere¹⁴ que:

11 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

12 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

13 ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

14 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

(...) As políticas públicas intencionadas a se opor a danos ambientais têm sofrido uma sucessão de modificações radicais ao longo do tempo. Uma primeira fase tomou a forma de remediação, o que se traduz em intervenção tardia pelas autoridades públicas. Neste estágio o dano já havia ocorrido; a única medida possível é remediar.

Nesse estágio, nota-se que não havia qualquer precaução ou prevenção em relação aos danos ambientais que um determinado empreendimento poderia causar, porque não havia qualquer estudo ou critério para o licenciamento de uma atividade. Apenas eram adotadas medidas posteriores a fim de mitigar os danos já causados. Numa segunda fase, segundo Granziera¹⁵, “há uma evolução e um tratamento diferenciado em relação a ocorrência do dano”, pois havendo uma apreciação prévia dos impactos que certo empreendimento possa causar ao meio ambiente, é possível, adotar medidas compensatórias e mitigadoras, ou até mesmo reformar o projeto em análise para garantir a sua realização, assegurando os benefícios dele decorrentes, sem causar danos ambientais.

Nessa última fase da evolução do direito ambiental, nota-se que não há apenas aplicação de simples medidas para afastar o perigo. Há a fundamental aplicação da precaução, para a abordagem de questões tão atuais e importantes, como, por exemplo, a manipulação genética. Reconhecer a existência da possibilidade da ocorrência de danos e a necessidade de sua avaliação, com base nos conhecimentos já disponíveis, é o grande desafio que está sendo feito a toda comunidade científica mundial. Dessa forma, a precaução determina que não se licencie um empreendimento ou atividade, toda vez que não se tenha certeza de que ela não causará danos ao meio ambiente.

Dessa forma, Granziera¹⁶ dispõe que o princípio da precaução “apresenta-se como suporte do direito ambiental, e que seus elementos destacam, precisamente, o que se chama de proteção ao meio ambiente, para as atuais e futuras gerações”. Sobre o tema Beltrão comenta¹⁷:

Esse princípio indica uma atuação “racional” para com os bens ambientais, com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais, [...] que vai além das simples medidas para afastar o perigo. Na verdade, é uma

15 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

16 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

17 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

precaução contra o risco, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha do perigo.

Assim, observa-se que, na incerteza, é mais prudente que se tome providências eficazes a fim de evitar danos futuros. O princípio da precaução não consiste em um retrocesso ao desenvolvimento ou um empecilho ao progresso, mas sim, em uma grande cautela diante das situações em que existam ameaças sérias e irreversíveis à saúde e ao meio ambiente, mesmo se não houver, ainda, uma evidência científica dos efeitos de certos produtos e substâncias no meio ambiente.

Dessa forma, segundo Antunes¹⁸ pondera “constata-se que o princípio da precaução dá uma maior garantia para o meio ambiente, por meio dos indivíduos e das comunidades que serão afetadas se algo errado acontecer”. Não sendo, portanto, um atraso ao desenvolvimento econômico, mas sim, um princípio apto a lidar com situações, nas quais o meio ambiente venha a sofrer impactos negativos causados por novos produtos e tecnologias que, ainda não possuam uma acumulação histórica de informações assegurando, claramente, nível desse conhecimento em determinado tempo e quais as consequências que poderão advir da liberação desses produtos, no meio ambiente.

Assim, diante de casos que existam ameaças sérias e irreversíveis à saúde e ao meio ambiente e demandem uma ação para impedir tais ameaças, mesmo que ainda não exista prova definitiva de dano, o princípio da precaução deverá ser aplicado. Por fim, resta claro que diferentemente do princípio da prevenção, o postulado da precaução é utilizado quando se pretende impedir o início de uma atividade, enquanto não houver estudos conclusivos de que esta não causará impactos ao meio ambiente, dada a incerteza científica.

Já a prevenção, tem aplicação nas atividades em que já há estudos suficientes em que foi constatado que a execução da atividade causará significativo impacto ao meio ambiente, ou seja, os riscos da execução e da utilização já são conhecidos. No Direito Brasileiro, o princípio da prevenção surgiu com a edição da Lei nº 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente que dispõe em seu artigo 2º:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia

18 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana¹⁹.

Posteriormente, Beltrão²⁰ informa que a Convenção sobre Diversidade Biológica que se originou a partir da Eco 92 e foi promulgada na legislação brasileira, por meio do Decreto nº 2.519 de 16.03.1998, estabelece “em seu preâmbulo ser vital, prever, prevenir e combater, na origem, as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica”. Ainda, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, segundo Fiorillo²¹, a Constituição Federal de 1988, procurou destacar em seu artigo 225, § 1º, II, IV e V, a necessidade de preservar, não só a diversidade e a integridade do patrimônio genético, como também, estabelecer incumbência constitucional destinada ao Poder Público, no sentido de controlar as entidades que se dedicam à pesquisa e à manipulação de aludido material genético, no País, bem como, controlar também a imprescindibilidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), quando houver potencial risco de degradação ao meio ambiente.

Dessa forma, a partir da análise do artigo supracitado, nota-se que efetivamente começa a ocorrer uma consciência de preservação, que não deve ser apenas realizada através do Poder Público, mas também, por toda a coletividade. Passa-se, então, a haver prevenção quanto aos danos que podem ser advindos de atividades, potencialmente, causadoras de degradação ambiental.

Conforme já exposto, os termos prevenção e precaução são divergentes. Sendo assim, a doutrina jurídica do meio ambiente optou por distinguir o sentido desses vocábulos. Segundo Granziera²², “a distinção desses termos consiste em que o princípio da precaução tem um significado mais restritivo que o princípio da prevenção”. A precaução tende a não-autorização de uma atividade, se não houver certeza de que ela não causará, no futuro, um dano irreversível. Ou seja, ainda não há estudos conclusivos quanto aos impactos que a atividade poderá causar ao meio ambiente. No entanto, no que tange à prevenção, esta versa sobre

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

20 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

21 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

22 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

a busca da compatibilização entre a atividade a ser licenciada e a preservação ambiental, mediante a imposição de condicionantes e restrições ao projeto. Ou seja, conhecidos os danos, será realizado Estudo Prévio de Impacto Ambiental, e posteriormente, será emitido o Licenciamento Ambiental pelo órgão ambiental competente. Dessa forma, ainda segundo Beltrão²³, o princípio da prevenção é:

Materializado por um estudo prévio dos impactos que um determinado empreendimento possa causar ao meio ambiente, ou seja, o reflexo mais evidente do princípio da prevenção é o EPIA, que foi fixado pela Lei nº 6938/81, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, e posteriormente, foi elevado a norma de categoria constitucional, disposta no artigo 225, §1º, IV.

Ainda sobre o tema, Antunes dispõe²⁴:

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis. Com base no princípio da prevenção, o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados e são solicitados pelas autoridades públicas. Pois tanto o licenciamento ambiental quanto os estudos prévios de impacto ambiental são realizados com base em conhecimentos acumulados sobre o meio ambiente. O licenciamento ambiental, na qualidade de principal instrumento apto a prevenir danos ambientais, age de forma a evitar e, especialmente, minimizar e mitigar os danos que uma determinada atividade causaria ao meio ambiente, caso não fosse submetida ao licenciamento ambiental.

Assim, pode-se observar que os reflexos mais evidentes do princípio da prevenção são o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o Licenciamento Ambiental. Dessa forma, conhecidos os danos devem ser adotadas as medidas compensatórias e mitigadoras a fim de exterminar ou minimizar os danos que poderão decorrer com o licenciamento de determinado empreendimento, sem os citados instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

23 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

24 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

Por fim, segundo Fiorillo²⁵, a prevenção e a preservação devem ser realizadas através de uma consciência ecológica, em que devem ser adotadas medidas de educação ambiental, a fim de que não sejam tomadas medidas para a ocorrência de danos ambientais. Na verdade, é a consciência ecológica da população que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. No entanto, a realidade é outra, de modo que são necessários instrumentos na realização do princípio da prevenção, tais como, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o Licenciamento Ambiental, o manejo ecológico, o tombamento etc.

Assim, conclui-se que, com base no princípio da prevenção, o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados, e são solicitados pelas autoridades públicas, pois, são realizados com base em conhecimentos acumulados sobre o meio ambiente.

3. Posicionamento do judiciário

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos pelo Estado, é imprescindível o trabalho do julgador, a fim de colaborar para a constituição de uma sociedade voltada à satisfação dos princípios. De acordo com Pacheco²⁶, o Judiciário associa-se como membro ativo à postura do juiz, que se manifesta por meio de condutas diversas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

25 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

26 PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. O ativismo tardio e a legitimidade democrática da defesa judicial das minorias e do processo democrático. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15314>. Acesso em: 17 set. 2015.

Sobre o assunto, refere Bodnar²⁷ que a Constituição da República de 1988, no seu artigo 225, impõe ao Estado e a sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todas as suas dimensões espaciais e temporais. O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possui a papel acentuado de fazer valer esse comando constitucional e também o dever basilar de promover a defesa e a proteção do meio ambiente. Dessa forma, estará dando vida e sentido autêntico a exemplar política ambiental idealizada pelo legislador constituinte.

De acordo com Machado²⁸, é através do posicionamento preventivo fundado na responsabilidade e no causar perigo ao meio ambiente e não somente pelos danos causados que “a responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigação de fazer ou não fazer”. A Ementa do Supremo Tribunal de Justiça²⁹ – Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença AgRg na SLS 1749 RN 2013/011854 consagra o princípio:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. LEGITIMIDADE. PESSOA JURÍDICA INTERESSADA. POSSIBILIDADE DE GRAVE LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS. EXISTÊNCIA. **PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.** PEDIDO DE SUSPENSÃO DEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437 /1992 e n. 12.016 /2009) e a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça e do col. Pretório Excelso, será cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida em ação movida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. II - De acordo com exegese do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, o Estado do Tocantins possui legitimidade para formular o excepcional pedido de suspensão nesta col. Corte Superior, pois, como localidade destinatária de gado a ser transportado sem o cumprimento da IN nº 44/2007 do MAPA, é manifesto seu interesse no deslinde da quaestio. Inexiste no sistema integrado de contracautela exigência de que a pessoa jurídica requerente tenha sido parte na ação originária,

27 BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais:** um desafio qualificado para o poder judiciário. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/APUIWLTG/2791.pdf. Acesso em: 17 set. 2015.

28 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença AgRg na SLS 1749 RN 2013/011854.** 2013.

mas apenas que a decisão atacada possa lhe causar a grave lesão aos bens jurídicos tutelados. III - O transporte de animais do Estado do Rio Grande do Norte (área não livre de febre aftosa) para o Estado do Tocantins (área livre da referida moléstia), sem o cumprimento dos normativos aplicáveis, pode, em tese, causar a contaminação do rebanho do local de destino, o que enseja grave lesão à ordem e à economia públicas. IV - A sobrelevação dos riscos permite concluir pela aplicação do **princípio da prevenção**, pois o perigo de grave dano ou de lesão irreversível é passível de ocorrência em caso de contaminação. Agravo regimental desprovido.

A aplicação do Princípio da Precaução pelos tribunais brasileiros ainda é reduzida, sendo comuns decisões judiciais negando a existência de responsabilidade pelo entendimento de inexistência de comprovação do risco de lesão ou dano ao meio ambiente e à saúde. Entretanto, o princípio vem sendo utilizado para fundamentar decisões referentes a questões onde está presente a incerteza e, em algumas situações, apesar de não expressa referência ao princípio na decisão, são determinadas medidas precatórias. Ementa do Tribunal Federal³⁰ da 1ª Região consagra o princípio:

DIREITO AMBIENTAL. HIDROVIA PARAGUAI-PARANÁ. ANÁLISE INTEGRADA. NECESSIDADE DO ESTUDO DO IMPACTO AMBIENTAL EM TODA A EXTENSÃO DO RIO, E NÃO POR PARTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. O Projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, envolvendo realização de obras de engenharia pesada, construção de estradas de acesso aos portos e terminais, retificações das curvas dos rios, ampliação dos raios de curvatura, remoção dos afloramentos rochosos, dragagens profundas ao longo de quase 3.500 km do sistema fluvial, construção de canais, a fim de possibilitar uma navegação comercial mais intensa, como o transporte de soja, minério de ferro, madeira, etc., poderá causar grave dano à região pantaneira, com repercussões maléficas ao meio ambiente e à economia da região. É necessário, pois, que se faça um estudo desse choque ambiental em toda a extensão do Rio Paraguai até a foz do Rio Apa.

30 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região – 29.3.2001 – Rel. Tourinho Neto – Petição 2001.01.00.001517-0/MT – Processo na Origem: 200036000106495 apud SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros.

2. Aplicação do princípio que o intelectual chama da precaução, que foi elevado à categoria de regra do direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio/92. “Mais vale prevenir do que remediar”, diz sabiamente o povo.

Logo, considerando a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a frequente irreversibilidade dos danos causados ao meio ambiente, impõe-se que a tutela jurisdicional ambiental atue em caráter preventivo, sob pena de transformar o direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado no direito à indenização pelo seu perecimento.

Diante do exposto, observa-se que o direito ambiental demanda modalidade de tutela preventiva, efetiva e tempestiva, com intuito de ser, apropriadamente, protegido, não se podendo, pois, pensar em tutela jurisdicional do meio ambiente, sem se estudar a tutela inibitória, modalidade de tutela que, antes de qualquer coisa, preocupa-se em impedir a violação da norma. Nota-se, portanto, que no âmbito da jurisprudência brasileira, o princípio da precaução vem sendo aplicado em observância à sua obrigatoriedade, em razão do reconhecimento de sua normatividade.

Conclusão

A dogmática ambiental reclama novos institutos, instrumentos, a criação e implantação de novas formas de responsabilidades e obrigações, devendo-se ter na gestão dos riscos uma de suas questões centrais. Ademais, o Estado, enquanto expressão de diversos setores sociais, deve vislumbrar no princípio da precaução e da prevenção instrumentos de fundamental importância para a efetivação de um de seus principais objetivos, qual seja, o resguardo da seguridade coletiva.

Não é esperada a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção de forma indiscriminada e desprovida de critérios, mas sim, que se dê uma utilização a fim de garantir um meio ambiente equilibrado e uma sadia qualidade de vida. Destarte, urge a conscientização não só das pessoas em geral, como do Poder Judiciário no sentido de que além do dever negativo de não degradar, há o dever positivo que se configura seja para impedir o dano, seja para reparar o ocorrido ou, ainda, para evitar, na medida do possível, as atividades de risco para o meio ambiente.

O Direito Ambiental interno e externo passa a orientar-se, cada vez mais, por uma atuação antecipada e cautelosa a fim de evitar a ocorrência de danos,

compreendendo-se a reparação e a indenização como último recurso, uma vez que consumada a lesão ambiental, é difícil, improvável ou até impossível sua reparação, sendo essa noção a base do princípio da precaução.

Referencias

ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa**: monografia, dissertação e tese. 1ª ed. – 3. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais: um desafio qualificado para o poder judiciário**. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/APUIWLTG/2791.pdf>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MADRIGAL, Alexis. **Princípios do Direito Ambiental**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45799/principios-do-direito-ambiental>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

NOGUEIRA, Carmen Patrícia Coelho. **Desenvolvimento sustentável: importância do meio ambiente para a qualidade de vida**. 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.estado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

OLIVEIRA, Olga M.B. Aguiar de. **Monografia jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. O ativismo tardio e a legitimidade democrática da defesa judicial das minorias e do processo democrático. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15314>. Acesso em: 17 set. 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença AgRg na SLS 1749 RN 2013/011854**. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região – 29.3.2001 – Rel. Tourinho Neto – Petição 2001.01.00.001517-0/MT – Processo na Origem: 200036000106495 apud SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros.

Cidade educadora e sustentável, comunicação socioambiental e consumo responsável de alimentos

Educating and sustainable city, socioambiental communication and responsible consumption of food

Aparecida Luzia Alzira Zuim

Resumo: Este trabalho apresenta os princípios da Cidade Educadora e os eixos do Programa das Cidades Sustentáveis, conceitua Comunicação Socioambiental em defesa dos direitos à educação e à informação sobre o consumo responsável dos alimentos. Apresenta as legislações, planos e ações públicas pertinentes à Segurança Alimentar Nutricional, aponta a obesidade como doença decorrente da crise ambiental (modos de produção dos alimentos), aborda a insegurança alimentar relacionada a falta de escolarização. A relevância deste estudo se pauta no desenvolvimento urbano sustentável atrelado a produção e ao consumo adequado dos alimentos, numa perspectiva interdisciplinar do Direito com as áreas da Educação e da Comunicação. O tratamento dado a esses estudos visa compreender que dentre os obstáculos à efetividade das Cidades Educadoras e Sustentáveis estão: a apatia política dos cidadãos no espaço da cidade, a insegurança alimentar e a falta de conhecimento sobre o consumo de alimentos saudáveis.

Palavras-chave: Cidade Educadora. Cidades Sustentáveis. Comunicação Socioambiental. Segurança Alimentar Nutricional. Consumo.

Abstract: This work introduces the principles of Educating City and the main topics of the Sustainable Cities Program. It explains the concept of socioambiental communication by defending the rights to education and to information

regarding the responsible consumption of food; it presents legislation, plans and public actions relevant to Nutrition and Food Security; it also points to obesity as a disease arising from the environmental crisis (food production methods); and it addresses the food insecurity related to lack of education. The relevance of the studies is explained by the sustainable urban development linked to the proper food production and consumption under the interdisciplinary viewpoint of the Law with the Education and Communication areas. These studies were approached with the objective of understanding that, among the obstacles to the efficacy of the Educating and Sustainable Cities, the following aspects are found: political apathy of the citizens within the space of the city, food insecurity and lack of knowledge regarding the consumption of healthy food.

Keywords: Educating City. Sustainable Cities. Socioambiental Communication. Nutrition and Food Security. Consumption.

Introdução

Seria, contraditório escrever sobre o tema Cidade Educadora e Sustentável, Comunicação Socioambiental e o Consumo Responsável de Alimentos, sem antes estudar e expor a respeito do processo que desencadeou desigualdades e injustiças nas cidades, como: falta de moradia, precariedade na saúde e na educação, escassez de alimentos por falta ou alto custo, falta de infraestrutura ou inadequada, transporte público sucateado e insuficiente etc. que gerou a necessidade de se propor normas, instrumentos, diretrizes e princípios a fim de amenizar os problemas citados, que ocorrem porque os mecanismos que deveriam atender o desenvolvimento pleno das cidades, falharam.

Dessa forma, em atendimento a essa problemática urbana, cujos principais fatores dificultam as relações humanas, a produção e a distribuição dos produtos do trabalho, há que se falar em desenvolvimento sustentável e em consumo. Afinal, são em prol das relações humanas que, atualmente, se propagam os discursos sobre as dimensões preventivas para garantir: a concretização da função socioambiental das cidades, a responsabilidade civil pós-consumo, o tratamento dos resíduos sólidos, a Segurança Alimentar Nutricional, a Comunicação e a Educação Ambiental etc.

Para a concretização do modelo de Cidade Educadora e Sustentável é urgente colocar em prática direitos difusos e coletivos que afastam a negligência política

e os problemas do urbanismo desenfreado. Sem colocá-los em prática, não é assegurado direitos fundamentais básicos, como: alimentação, saúde, educação de qualidade, moradia, saneamento básico, lazer, cultura. Esses direitos são considerados bens, e logo, passíveis de serem consumidos por todos os cidadãos, porque enquanto bens de consumo de primeira necessidade, ao lado de dos serviços públicos de qualidade e das estruturas administrativas que os suportam, fazem parte do funcionamento da sociedade e do desenvolvimento humano.

Nessa linha, esta proposta em defesa de um modelo de Cidade Educadora e Sustentável visa contribuir com estudo do Direito, por meio da interdisciplinaridade, no sentido de interpretar os direitos básicos de consumir, pelo viés da Educação (do ideal de Paulo Freire, principalmente) e da Comunicação socioambiental, cujo cerne subjaz a participação popular no espaço da cidade, a favor de projetos sustentáveis, do direito a educação sobre a alimentação saudável, como previsto na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN (Lei n.º 11.346/2006) e em outros documentos com demais interesses de cunho democrático-participativo.

Para isso, primeiro faz-se uma breve apresentação de uma Cidade Educadora e de outra Sustentável, com o objetivo de apresentar a metodologia que as orientam¹. Na segunda parte, discorre-se sobre a comunicação socioambiental e de como esse modelo de comunicação pode ser utilizado pelas políticas públicas, em prol do direito à educação e à informação, para orientar o consumo responsável dos alimentos. Em seguida, de modo sucinto, aborda-se a Lei Orgânica de Segurança Alimentar Nutricional – LOSAN e apresenta-se alguns programas governamentais orientadores do tratamento da obesidade, da insegurança alimentar, da educação e informação sobre o consumo dos alimentos, e por último, o Direito à Alimentação pela perspectiva da Constituição Federal de 1988 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1 The cities represented at the First International Congress of Educating Cities, held in Barcelona in 1990, collected in the initial Charter the basic principles for the educational growth of the city. They were based on the conviction that the development of its people cannot be left to chance. The Charter was revised at the Third International Congress (Bologna, 1994) and the VIII Congress (Genoa, 2004) to adapt their approaches to the new challenges and social needs. Charter of Educating Cities. Disponível em: <<http://www.edcities.org/carta-de-ciudades-educadoras/>>. Acesso em: 30 jan. 2016. A esse ideal referenciamos também o capítulo IV, artigos 43-45, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

1. Os princípios da cidade educadora

O movimento das Cidades Educadoras teve seus princípios descritos na Carta das Cidades Educadoras², baseados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na Declaração Mundial da Educação para Todos (1990), na Convenção nascida da Cimeira Mundial para a Infância (1990) e na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural (2001)³. Referida carta foi firmada na Declaração de Barcelona (1990)⁴ por ocasião do I Congresso Internacional de Cidades Educadoras, quando surgiu a ideia da criação de uma rede de contatos que pudesse contribuir para o compartilhamento de experiências positivas, em prol desse modelo de cidade.

Dentre os princípios, destaca-se:

1 - Todos os habitantes de uma cidade terão o direito de usufruir, em condições de liberdade e igualdade, dos meios e oportunidades de formação, desenvolvimento pessoal e entretenimento que a cidade oferece. Para que isso seja possível, deve ter-se em conta todas as categorias, cada uma delas com as suas necessidades particulares. Dever-se-á promover uma educação destinada a favorecer a diversidade, a compreensão, a cooperação e a paz internacional. Uma educação

2 Carta das Cidades Educadoras e seus princípios. Disponível em: <<https://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/cartacidadeseducadoras.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

3 A esse ideal referenciamos também o capítulo IV, artigos 43-45, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas. 3 ed. Brasília, 2008.

4 Um grupo de cidades representadas por seus governos locais levantou o objetivo comum de trabalhar juntos em projetos e atividades para melhorar a qualidade de vida dos habitantes, a partir de sua participação ativa no uso e desenvolvimento da própria cidade e de acordo com a carta aprovada de Cidades Educadoras. Mais tarde, em 1994, o movimento foi formalizado como o III Congresso da Associação Internacional de Bolonha. XIV Congresso Internacional de Cidades Educadoras será realizado de 2 a 4 de junho de 2016, na cidade de Rosário, Argentina, sob o lema “Os territórios da convivência nas cidades”, visando à construção de cidades mais justas, que estimulem a solidariedade e respeitem a diversidade, valorizando a igualdade de oportunidades e a integração social como princípios que possibilitem essa construção. Disponível em: <<http://www.edcities.org/>
<<http://www.cidadeseducadorasbrasil.net.br/Cidade-Educadora.aspx>http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9272-apresentacoes-rede-brasileira-cidades-educadoras-pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

que permita evitar a exclusão motivada pela raça, sexo, cultura, idade, deficiência, condição econômica ou noutros tipos de discriminação⁵.

Destacam-se, também, os seguintes princípios⁶: trabalhar a escola como espaço comunitário, trabalhar a cidade como grande espaço educador, aprender na cidade, com a cidade e com as pessoas, valorizar o aprendizado vivencial e priorizar a formação de valores.

A Associação Internacional das Cidades Educadoras (AICE)⁷, com sede em Barcelona, é o órgão/entidade responsável pelo suporte e monitoramento das Cidades Educadoras, pela adesão das novas cidades, pela divulgação das experiências, e também dá apoio e acompanha a cidade que sedia o Congresso Internacional que ocorre anualmente.

Os objetivos da AICE são: Promover o cumprimento dos princípios da Carta das Cidades Educadoras; Impulsionar colaborações e ações concretas, entre as cidades; Participar e cooperar, ativamente, em projetos e intercâmbios de experiências com grupos e instituições com interesses comuns; Aprofundar o discurso das Cidades Educadoras e promover a sua concretização; Influenciar no processo de tomada de decisões dos governos e das instituições internacionais em questões de interesse para as Cidades Educadoras; Dialogar e colaborar com diferentes organismos nacionais e internacionais, a respeito da integração da vida comunitária que diz respeito a administração local e a todo tipo de instituições e associações públicas e privadas⁸.

A Carta das Cidades Educadoras sugere que as cidades trabalhem conjuntamente, numa linha educativa, para o desenvolvimento de políticas e comportamentos que programem e estimulem a qualidade de vida dos cidadãos, o seu compromisso com o espírito de cidadania e os valores de uma democracia participativa e solidária. Atualmente, há 445 cidades espalhadas em 35 países,

5 Associação Internacional das Cidades Educadoras. **Carta das Cidades Educadoras**. Documento na íntegra em: <https://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/cartacidadeseducadoras.pdf>. Acesso em:

6 AIETA, Vânia Siciliano; ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. Princípios norteadores da Cidade Educadora. AIETA, Vânia; GARCIA, Maria; LEITE, Flávia (Coord.). **Cadernos de Direito da Cidade**. Série III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 413-457.

7 Asociación Internacional de Ciudades Educadoras (AICE) es una Asociación sin ánimo de lucro, constituida como una estructura permanente de colaboración entre los gobiernos locales comprometidos con la Carta de Ciudades Educadoras, que es la hoja de ruta de las ciudades que la componen. Disponível em: <<http://www.edcities.org>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

8 AIETA, Vânia Siciliano; ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. Op.cit.

sendo no continente Africano, 4 países e 5 cidades; nas Américas, 12 países e 57 cidades; na Ásia, 5 países e 21 cidades e na Europa, 14 países e 362 cidades. No Brasil são 14 cidades com o título de Cidades Educadoras: Belo Horizonte, Caxias do Sul, Itapetininga, Jequié, Porto Alegre, Santiago, Santo André, Santos, São Bernardo Do Campo, São Carlos, São Paulo, São Pedro, Sorocaba e Vitória⁹.

1.1 Agregando cidades sustentáveis à educadora

Outro modelo de enfrentamento dos problemas urbanos é o Programa Cidades Sustentáveis (PCS), aprovado e assumido pelos participantes da Conferência Europeia sobre Cidades Sustentáveis¹⁰, realizada em 1994, na cidade de Aalborg - Dinamarca. Os compromissos assumidos e firmados como um pacto político encontram-se registrados na Plataforma Cidades Sustentáveis, e tem como máxima o desenvolvimento sustentável e responsável, e a participação da comunidade local na tomada de decisões. Esse pacto assinado por mais de 650 municípios, principalmente europeus, preza pela economia urbana visando preservar os recursos naturais, a equidade social, o correto ordenamento do território, a mobilidade urbana, o clima mundial e a conservação da biodiversidade, entre outros aspectos relevantes¹¹.

Na Conferência de Aalborg foram constituídos doze eixos orientadores do Programa, que são: Governança; Bens Naturais Comuns; Equidade; Justiça Social e Cultura de Paz; Gestão Local para a Sustentabilidade; Planejamento e Desenho Urbano; Cultura para a sustentabilidade; Educação para a Sustentabilidade e Qualidade de Vida; Economia Local, Dinâmica, Criativa

9 AICE. **Mapa de las ciudades asociadas.** Membros. Disponível em: <<http://www.edcities.org/mapa-de-las-ciudades-asociadas/>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

10 PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. O Programa Cidades Sustentáveis oferece aos gestores públicos uma agenda completa de sustentabilidade urbana, um conjunto de indicadores associados a esta agenda e um banco de práticas com casos exemplares nacionais e internacionais como referências a serem perseguidas pelos municípios. Vídeos, parceiros, apoiadores, material de divulgação, disponíveis em: <http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma>. Outros textos disponíveis, consultar em: <<http://www.globalgoals.org/es/global-goals/sustainable-cities-and-communities/>>. Vídeos, contatos, debates, programas, em: <<http://www.globalgoals.org/es/global-goals/responsible-consumption/>>.

11 Cf. Agenda para a Sustentabilidade das Cidades. Programa Cidades Sustentáveis. Plataforma para informações do Programa, acesso em: <http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma>. Acesso em: 18 nov. 2017.

e Sustentável; Consumo Responsável e Opções de Estilo de Vida; Melhor Mobilidade, Menos Tráfego; Ação Local para a Saúde; Do Local para o Global.

Diante das diferenças entre as realidades brasileira e a europeia, foram agregados dois novos eixos temáticos: "Educação para a Sustentabilidade e Qualidade de Vida" e "Cultura para a Sustentabilidade"¹². Em ambas as propostas, a defesa é sair da teoria para a prática, haja vista que os Princípios das Cidades Educadoras (AICE) e o Programa das Cidades Sustentáveis (PCS) reúnem vários instrumentos de democracia e cidadania que podem contribuir para os governos e a sociedade civil promoverem o desenvolvimento sustentável das cidades, por meio de um processo socioeducativo em prol da justiça social para todos os seus habitantes.

Nessa perspectiva socioeducacional, surgiu a política pública de consumo responsável dos alimentos, elaborada e difundida conforme previsto no projeto de comunicação socioambiental, levando em conta as parcerias entre as instituições privadas e públicas, órgãos públicos de controle social (Ministérios Públicos: Federal e Estadual - por exemplo), gestores públicos, educadores, meios de comunicação de massa e instituições de ensino e pesquisa, visando debater no espaço da cidade sobre uma crise que assola o globo que é de extrema relevância: a crise ambiental. E, decorrente dela, a Insegurança Alimentar que compreende o indivíduo não ter acesso, regular e permanente, a sua alimentação em quantidade e qualidade adequadas.

1.2 Comunicação socioambiental

O plano para a concretização da Cidade Educadora e Sustentável estabelece a obrigatoriedade de planejamento das ações do gestor municipal, os cidadãos responsáveis pela efetividade das ações programáticas do desenvolvimento urbano, e defini precisamente quais devem ser os meios e fins da sua realização.

Tem-se aqui o que se chama de rede de proteção social da cidade, cuja construção contribui para ampliar as possibilidades de desenvolvimento sustentável e participação dos sujeitos nas tomadas de decisões políticas e comunitárias.

12 Eixos da Plataforma Cidades Sustentáveis. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/eixos>>. Acesso em 11 mar 2016.

Nessa direção, segundo ressaltou Paulo Freire¹³, “há impossibilidade de transformação do mundo sem a superação da condição de oprimido e opressor”. Essa superação não ocorrerá sem a participação de todos, no espaço social da cidade, para o enfrentamento de suas possíveis crises.

Sob essa perspectiva, o espaço social da cidade tenderia a ser o espaço onde os sujeitos poderiam construir a comunidade de comunicação, onde praticassem os ensinamentos necessários, consubstanciados a um processo político-pedagógico substantivamente comunicativo-dialógico¹⁴.

Para a efetivação desse apelo sensível, Freire chama atenção dos sujeitos responsáveis pela cidade: famílias, gestores públicos, instituições, educadores e educandos (cidadãos e cidadãs) para assumirem, com lucidez, a proposta de cidadania *na* cidade e *com* a cidade, através da dialogicidade e descentralização do poder.

Gestão autocrática estimula a subordinação e inviabiliza as parcerias. Somente uma gestão democrática é coerente com a natureza de uma organização educacional que visa à participação e a um processo educativo que contribuam para o crescimento humano dos sujeitos e para a transformação da sociedade¹⁵.

Uma Cidade Educadora e Sustentável está ligada a mecanismos de ações que respeitam a comunicação, a autonomia dos cidadãos, a mediação, o meio ambiente, as diferenças e as políticas que tenham como principais objetivos a sustentabilidade da cidade e o desenvolvimento humano. Nesse modelo de cidade, o governos, as empresas e a sociedade, todos, são responsáveis com o objetivo de pautar a agenda social local, refletindo, educando e informando “sobre o consumo responsável dos alimentos, por meio de política pública de comunicação socioambiental”¹⁶.

13 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 42. ed. 2005, p.11-13.

14 ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Semiótica e Política: a educação como mediação**. Curitiba: Appris, 2015, p.27.

15 FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. A Sociedade Brasileira em Transição. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 59.

16 ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Cidade sustentável por meio do consumo responsável dos alimentos: comunicação socioambiental, cultura e mercado**. Programa Avançado de Cultura

O Ministério do Meio Ambiente (MMA) promove políticas públicas que visam à produção e ao consumo sustentáveis, difundindo a necessidade das informações adequadas para alcançar êxito. No bojo dessas ações, o MMA discute e conceitua produção sustentável:

Produção sustentável é a incorporação, ao longo de todo ciclo de vida de bens e serviços, das melhores alternativas possíveis para minimizar custos ambientais e sociais. Já o consumo sustentável pode ser definido, segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), como o uso de bens e serviços que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida, enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, a geração de resíduos e a emissão de poluentes durante todo ciclo de vida do produto ou do serviço, de modo que não se coloque em risco as necessidades das futuras gerações. Está ligada a ações que respeitam o meio ambiente e a políticas que tenham como um dos principais objetivos a sustentabilidade. Todos são responsáveis pela preservação ambiental: governos, empresas e cada cidadão¹⁷.

O Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis do MMA fomenta políticas, programas e ações promotoras no país. Para isso, está focado em seis áreas principais, a saber: Educação para o Consumo Sustentável; Varejo e Consumo Sustentável; Aumento da reciclagem; Compras Públicas Sustentáveis; Construções Sustentáveis e Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Esse último programa incentiva a incorporação de atitudes sustentáveis na rotina dos órgãos públicos do país¹⁸.

Nessa lógica, o consumo passa a ter a mesma natureza prevista na prática da comunicação socioambiental e educacional, haja vista, que ao lado do Direito, a Educação para o consumo sustentável se torna responsável e consagra os princípios da livre exploração econômica, como determina o artigo 170 da

Contemporânea – PACC. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Rio de Janeiro, 2016, p. 10.

17 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade socioambiental**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

18 O Departamento de Produção e Consumo Sustentáveis - DPCS, integrante da Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental - SAIC, propõe-se a construir este novo modelo com a sociedade brasileira, envolvendo todos os setores na promoção de padrões de produção e consumo mais sustentáveis. As ferramentas utilizadas serão o diálogo e a parceria, e as estratégias serão a implementação do Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis - PPCS e a realização de campanhas de conscientização do consumidor. Documento do Ministério do Meio Ambiente.

Constituição Federal de 1988¹⁹, observados os incisos “V: defesa do consumidor; VI: defesa do meio ambiente; VII: redução das desigualdades sociais”.

Desse modo, a proposta da comunicação socioambiental, enquanto política pública trata, na realidade, de propor interpretar e/ou apreender os sentidos manifestos no direito básico de se alimentar, e mais ainda no direito de consumir os alimentos de modo saudável e responsável.

1.3 Desenvolvimento e cidadania em defesa da justiça social na cidade

Observou-se que os modelos Cidade Educadora e Cidade Sustentável vêm ao encontro da discussão sobre a justiça social e ambiental, pois ambos os projetos estão intrinsecamente relacionados as tentativas de reverter, de modo consciente, e por meio de trocas de experiências viáveis e sustentáveis, a crise urbana global que assola a sociedade contemporânea.

Nos dois projetos, a discussão recai sobre a qualidade de vida *da e na* cidade e nos direitos dos cidadãos, que para ter sentido é preciso potencializar os espaços educativos da cidade, a democratização do poder municipal e o desenvolvimento local, com base nos princípios jurídicos, éticos, estéticos, comunicacionais, econômicos etc., transparentes entre o Estado e a sociedade civil.

Para que ocorra o desenvolvimento e a participação cidadã, em defesa da justiça social, a comunicação socioambiental atrelada a educação, enquanto saberes interligados, pode possibilitar a conscientização cidadã, na tentativa de apontar alternativas para vencer as crises urbanas, como exemplos, as contradições que as envolvem, principalmente nas cidades globais: a fome de um lado e a obesidade do outro, os condomínios luxuosos de um lado e as favelas do outro, e direitos básicos como: saúde, segurança, informação, alimentação, moradia etc, sendo usufruídos por uma classe, enquanto outras são desprotegidas de todos eles.

Aqui o problema recai sobre como os gestores públicos e os habitantes da cidade reconheceriam, na prática da comunicação socioambiental, um mecanismo para o desenvolvimento e para a cidadania, em defesa da justiça social na cidade e,

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Brasília, 2012, p. 107.

consequentemente, a favor do consumo responsável dos alimentos, porque de outro lado há outros modelos “comunicacionais” como o da mídia tradicional, cujo intento, na maioria das vezes, é manipular as informações, dar publicidade aos temas de interesses econômicos hegemônicos e pautar a sociedade com assuntos que nem sempre dizem respeito a conscientização política.

Por isso, os princípios e os eixos que orientam os dois modelos de cidades apresentados, corroboram com o projeto da comunicação socioambiental apontado como alternativa ao processo de orientação e/ou educação para os modos de consumo responsável, ao mesmo tempo em que conduzem ao propósito do direito ao conhecimento e/ou informação, conforme dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 19²⁰ e previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que consagra os princípios da propriedade privada e da livre exploração econômica, como determina o artigo 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social". Nesse diapasão, a garantia da justiça social está fincada no que se produz, nos modos como se produz e se consome; para quem se produz e nos saberes do que se produz e se consome, com relação aos alimentos.

2. Segurança alimentar nutricional: produção e consumo em respeito à saúde

Apresenta-se nessa etapa, o consumo responsável dos alimentos, pela perspectiva da Lei n.º 11.346/2006²¹, mais conhecida como Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – a LOSAN. Mas, antes de se discorrer

20 Cf. Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 que visa à proteção dos direitos inerentes a todos os seres humanos, dentre destes direitos encontra-se o de acesso à informação pública assegurado em seu artigo 19. Portanto, além de ser um direito essencial que cada ser humano, tem-se ainda a condição do cidadão à liberdade de procurar, receber e transmitir dados que estão relacionados com o exercício da cidadania. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Comissão dos Direitos Humanos da USP. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declar%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 13 maio 2016.

21 A Lei nº 11.346/2006 cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

sobre produção e consumo, em respeito à saúde alimentar, tratar-se-á sobre um tema que está relacionado ao objeto em questão: a Insegurança Alimentar.

A LOSAN surgiu durante a II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, realizada em Olinda (PE), em março de 2004. Nessa oportunidade, criou-se o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA que tem caráter consultivo e de assessoria à Presidência da República, na formulação de políticas e na definição de orientações para que o país garanta o direito humano à alimentação adequada e saudável²². Essas orientações estão condizentes com o combate a insegurança alimentar e a falta de escolarização que leva a ela.

Dados divulgados no site do CONSEA sobre pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, publicada em 18 de dezembro de 2014, revelam que para o Brasil, urbano ou rural, quanto maior o nível de escolaridade dos moradores, menor é a prevalência de insegurança alimentar moderada ou grave²³.

Observa-se, com essas informações do IBGE somadas a outras do CONSEA, que a proposta do presente estudo vem ao encontro das orientações do governo federal, ou seja: é por meio dos princípios e eixos, tais como previstos nas formulações das Cidades Educadoras e Sustentáveis, com uma política pública de comunicação socioambiental e com educação de qualidade que é possível combater e/ou prevenir a insegurança alimentar:

Situações de insegurança alimentar e nutricional podem ser detectadas a partir de diferentes tipos de problemas, tais como: fome, obesidade, doenças associadas à má alimentação, consumo de alimentos de qualidade duvidosa ou prejudicial à saúde, estrutura de produção de alimentos predatória em relação ao ambiente e bens essenciais com preços abusivos e imposição de padrões alimentares que não respeitem a diversidade cultural²⁴.

22 CONSEA. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

23 Idem. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2014/dezembro/quanto-maior-a-escolaridade-menor-a-inseguranca-alimentar>>. Acesso em 18 nov. 2017.

24 Idem. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2014/dezembro/quanto-maior-a-escolaridade-menor-a-inseguranca-alimentar>>. Acesso em 18 nov. 2017

Nesse sentido, a LOSAN propõe instrumentos para salvaguardar a saúde da população. Para isso, a lei direciona práticas capazes de combater a fome e a miséria²⁵, doenças originárias da má alimentação etc. O artigo 3º da Lei Orgânica determina:

Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis²⁶.

Aqui é importante apontar a diferença entre Segurança Alimentar e Soberania Alimentar, a fim de que os estudos e os modos de produção e de consumo dos alimentos sejam compreendidos nesta proposta.

Soberania alimentar significa assegurar aos países o poder de decisão no que se refere à produção e ao consumo de alimentos suficientes a sua população. A Lei n.º 11.346/2006, no seu artigo 5º, confere: “A consecução do direito humano a alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos”. No artigo 6º: “O Estado brasileiro deve empenhar-se na promoção de cooperação técnica com países estrangeiros, contribuindo assim para a realização do direito humano a alimentação adequada, no plano internacional”²⁷. A Soberania Alimentar é um tema importante, considerando os diversos regimes alimentares que esfacelaram o meio ambiente, os recursos biológicos, as fronteiras alimentícias visando os intercâmbios com as comunidades científicas e industriais, os interesses materiais das comunidades tradicionais e dos países em desenvolvimento, os métodos tradicionais da agricultura familiar e suas capacidades de atuação em prol do equilíbrio natural.

Nessa linha, adentra-se na função dos alimentos, porque cada um tem orientação específica quanto a sua natureza. Hoje em dia se fala da função dos

25 Vídeos sobre a SAN disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/centrais-de-conteudos/videos>>.

26 Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

27 Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

alimentos industrializados, orgânicos, geneticamente modificados e, do mesmo modo, como essa função se manifesta nos discursos dos produtores e como são compreendidos pelos consumidores. Sobre a função do alimento é válido mencionar que o conhecimento por parte do consumidor é importante, porque é preciso que a população saiba que os modos como ela consome os alimentos e o que está consumindo, condiz com sua própria segurança alimentar, assim como seus estilos de comer influenciam no meio ambiente, na cidade e no campo, ainda que as mudanças e/ou transformações ocasionadas pelos processos de produção dos alimentos, também interfiram nos modos de vida da sociedade.

Por isso, o consumo dos alimentos é ato de comunicação e cultura, pois o ato de comer não é somente dar condições de sobrevivência aos indivíduos; o ato é transcendente, tendo em vista que a alimentação envolve outras dimensões, como o prazer e as emoções, e está inserida na hospitalidade quando envolve o compartilhamento, a sociabilidade, a convivialidade, a dádiva, e até mesmo, em algumas circunstâncias, a demonstração de *status*.

Na cultura do alimento, como atributo do desenvolvimento sustentável, tem-se a sustentabilidade da cidade que é característica daquilo que a sustenta e se mantém por seus próprios meios. Diversas são as práticas sociais que devem ser acompanhadas da característica “*sustentabilidade*”, entre elas está o consumo, que adquire tal característica quando realizado de forma racional, ao contrário do que acontece no consumismo, em que o ato de consumir é realizado para atender necessidades artificiais, criadas e não primárias.

2.1 O consumo responsável dos alimentos e a saúde na cidade

De acordo com o levantamento da Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico (Vigitel) – do Ministério do Meio Ambiente - MMA, sobre o estilo de vida (alimentação e atividades físicas) da população brasileira, em 2014 os dados informam que:

52,5% da população estão acima do peso ideal, há nove anos, segundo a pesquisa, o excesso de peso atingia 43% das pessoas – o que representa um crescimento de 9,5% no período. Também aumentou a proporção de quem tem mais de 18 anos com obesidade (17,9%), considerando obesa a pessoa

com índice de massa corporal (IMC) acima de 30. O IMC de “excesso de peso” varia entre 25 e 30. Interessante conferir em outra pesquisa do MMA. No Brasil, 56,9% das pessoas com mais de 18 anos estão com excesso de peso, ou seja, têm um índice de massa corporal (IMC) igual ou maior que 25. Além disso, 20,8% das pessoas são classificadas como obesas²⁸ por terem IMC igual ou maior que 30. A obesidade é um fator de risco importante para doenças como hipertensão, diabetes e câncer.

O assunto saúde relaciona-se também, com a função socioambiental e com o desenvolvimento pleno das cidades, como previsto na Constituição Federal de 1988 e no programa da Segurança Alimentar, conforme previstos na Lei nº 11.346/2006 e nos Programas das Cidades Educadoras e Sustentáveis, conferidos acima. Em ambos os documentos se estabelecem as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição dos sistemas norteadores para as adoções e propostas do uso responsável e eficiente dos recursos e incentivos de um padrão de produção e consumo sustentáveis, por meio do qual, o poder público com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas de comunicação socioambiental, planos e ações com vistas a assegurar o direito humano a alimentação adequada, em prol da sustentabilidade urbana.

Consumir alimentos é fundamental para o ser humano e para a dignidade da pessoa humana, desde que moderadamente e de modo responsável. Ao propor programas educacionais, sociocomunicacionais, culturais e mercadológicos que possam orientar a produção com vistas à sustentabilidade e ao processo de consumo alimentar com responsabilidade. Consequentemente, essas atitudes refletirão na vida humana e na cidade, não desconsiderando, do mesmo modo, a relevância da relação entre a cidade e o campo.

Nessa direção, há outro documento que nos auxilia no estudo. Trata-se do “Plano Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade”²⁹ que promove o

28 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. MMA. **Metade dos brasileiros está acima do peso.** No Mapa da obesidade no mundo. Organização Mundial de Saúde aponta a obesidade como um dos maiores problemas de saúde pública no mundo. A projeção é que, em 2025, cerca de 2,3 bilhões de adultos estejam com sobrepeso; e mais de 700 milhões, obesos. O número de crianças com sobrepeso e obesidade no mundo poderia chegar a 75 milhões, caso nada seja feito. Brasília: DF. Publicado em 15 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/metade-dos-brasileiros-esta-com-excesso-de-peso>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

29 BRASIL. Ministério da Saúde – MS. **Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade:** recomendações para Estados e Municípios. Como desdobramento do Plano Nacional de Enfrentamento das Doenças Crônicas publicado pelo Ministério da Saúde em 2011 e da

debate sobre os modos de vida, de alimentação adequada e saudável para a população brasileira. Esse documento pretende dinamizar os seguintes eixos:

- I. Disponibilidade e acesso a alimentos adequados e saudáveis;
- II. Ações de educação, comunicação e informação;
- III. Promoção de modos de vida saudáveis;
- IV. Vigilância Alimentar e Nutricional;
- V. Atenção integral à saúde;
- VI. Regulação e controle da qualidade e inocuidade de alimentos³⁰.

Esses eixos foram elaborados no CT 6 da CAISAN³¹ - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, juntamente com o Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério das Cidades, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e Organização Pan-Americana de Saúde/Organização Mundial. Além desses ministérios, foram realizadas reuniões setoriais com os Ministérios do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Fazenda, Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB/MAPA, Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério da Pesca.

Confere com os eixos acima, acrescidos àqueles princípios das Cidades Educadoras e os eixos das Cidades Sustentáveis que é dever jurídico do Estado e das instituições que procuram dar respostas aos problemas das cidades, por meios dos processos comunicativos e jurídicos, disponibilizar conteúdos que venham orientar, informar, dar a conhecer e convergir com a função socioambiental das

Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade, o Ministério da Saúde elaborou um instrutivo para apoiar Estados, Regionais de Saúde e Municípios na organização da Linha de Cuidado de Prevenção e Tratamento do sobrepeso e Obesidade. Coordenação Geral de Alimentação e Nutrição (CGAN/DAB/SAS/MS). Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/noticias.php?conteudo=_&cod=1890>. Acesso em: 10 mar. 2016.

30 BRASIL. Plano Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade. **Promovendo Modos de Vida e alimentação adequada e saudável para a população brasileira** – PlanSAN e PPA (2012-2015). Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional – CAISAN. Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: DF, 2012.

31 Idem.

idades, por meio de um projeto para o desenvolvimento humano sustentável de modo democrático e participativo.

É sabido que os problemas da obesidade, desnutrição, fome e outras doenças de cunho alimentar advêm, muitas vezes, da crise ambiental promovida, muitas vezes, pelos modos de produção de alimentos que são inapropriados e/ou inadequados ao consumo saudável das pessoas, em que os consumidores desconhecem os riscos potenciais dessa crise ambiental e sua relação com a alimentação. Por outro lado, essas doenças e os modos de produção e de consumo alimentar atingem as cidades de uma forma ou de outra, haja vista, que é a cidade o lugar onde se vive, se trabalha, se trocam experiências, etc.

Nesse sentido, alimentar-se corretamente para a sustentabilidade, além de favorecer o modo saudável de vida, serve para o enfrentamento das desigualdades sociais na cidade. Portanto, para o alcance da qualidade de vida na cidade, incide em formular política pública de comunicação socioambiental, na tentativa de educar e informar com o objetivo de orientar que é através do consumo responsável dos alimentos, que as cidades podem enfrentar alguns problemas, como a fome, o desperdício de alimentos, a desnutrição, ou ainda, problemas de saúde como: a obesidade, a anorexia, o diabetes, o colesterol e o câncer provocado por práticas alimentares inadequadas, dentre outros.

Conclusão

Os modelos de cidades, tais como previstos para uma Cidade Educadora e para uma Cidade Sustentável, servem para direcionar e/ou orientar os gestores públicos, a sociedade civil e as instituições público-privadas para a formulação de políticas e/ou projetos que visem a participação cidadã nas tomadas de decisões, principalmente, quando se tratam de políticas voltadas ao desenvolvimento da melhoria da qualidade de vida urbana.

Outro ponto que se considera importante é a elaboração de uma política pública cujo objetivo seja oferecer à sociedade educação e informação sobre o problema do consumo dos alimentos, já que, atualmente, metade da população brasileira se insere nas estatísticas dos órgãos de saúde e do meio ambiente como obesa; quando há algum tempo atrás, o problema maior era a fome, o que significa dizer que o problema está relacionado ao que se come e aos modos como se come.

A falta de educação e informação sobre o tema leva a outros problemas, como as doenças cardiovasculares, diabetes, sedentarismo etc. Por isso, a proposta que

se descreve a fim de amenizar essa situação é a comunicação socioambiental, que é um modelo de comunicação voltado à educação sobre os modos de como se alimentar adequadamente, e de modo responsável; como também, voltada à informação dos modos de produção dos alimentos, para quem se produz, para a função dos alimentos na cadeia produtiva e de consumo, para os mecanismos econômicos e industriais que levam a produzir alimentos inadequados ao consumo, e para a relação do consumo dos alimentos com a crise ambiental, etc.

Desse modo, o consumo responsável de alimentos se volta ao desenvolvimento socioeconômico e cultural das cidades, e ao mesmo tempo insere o indivíduo no centro das preocupações relativas ao direito à alimentação, conforme disposto no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988, figurado como direito social, no direito humano à alimentação adequada, contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Lei n.º 11.346/2006, Orgânica de Segurança Alimentar Nutricional - LOSAN, nas resoluções, recomendações e em outros documentos do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA, e nos planos e diretrizes dos Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e das Cidades, com vistas à promoção dos modos de vida e alimentação saudável e adequada à população brasileira.

Referências

AICE. **Carta das Cidades Educadoras e seus princípios**. Disponível em: <<http://www.edcities.org/http://www.cidadeseducadorasbrasil.net.br/Cidade-Educadora.aspx>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

AIETA, Vânia Siciliano; ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. Princípios norteadores da Cidade Educadora. In: AIETA, Vânia Siciliano; GARCIA, Maria; LEITE, Flávia (Coord.). **Cadernos de Direito da Cidade**. Série III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 413-457.

BRASIL Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentável**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. CONSEA. **Quanto maior o nível de escolaridade dos moradores, menor é a prevalência de insegurança alimentar**. Disponível em: <<http://>

www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2014/quanto-maior-a-escolaridade-menor-a-inseguranca-alimentar>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Ministério da Saúde – MS. **Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade**: recomendações para Estados e Municípios. Plano Nacional de Enfrentamento das Doenças Crônicas. Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade. Linha de Cuidado de Prevenção e Tratamento do sobrepeso e Obesidade. Coordenação Geral de Alimentação e Nutrição (CGAN/DAB/SAS/MS). Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/noticias.php?conteudo=_&cod=1890>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente. MMA. **Metade dos brasileiros está acima do peso**. Brasília: DF. Publicado em 15 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/metade-dos-brasileiros-esta-com-excesso-de-peso>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade socioambiental**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Plano Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade. **Promovendo Modos de Vida e alimentação adequada e saudável para a população brasileira** – PlanSAN e PPA (2012-2015). Câmara Interministerial

de Segurança Alimentar e Nutricional – CAISAN. Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: DF, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Comissão dos Direitos Humanos da USP. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 13 maio 2016.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. A Sociedade Brasileira em Transição. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. **Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 42. ed. 2005.

GLOBALGOAL. **For Sustainable Development**. Cidades e Comunidades Sustentáveis. Produtora GettyImages. Disponível em: <<http://www.globalgoals.org/es/global-goals/responsible-consumption/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. **Agenda completa de sustentabilidade urbana**. Disponível em: <<http://www.globalgoals.org/es/global-goals/sustainable-cities-and-communities/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. **Agenda para a Sustentabilidade das Cidades**. http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma. Disponível em: <http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma>. Acesso em: 18 nov. 2017.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Cidade sustentável por meio do consumo responsável dos alimentos**: comunicação socioambiental, cultura e mercado. Programa Avançado de Cultura Contemporânea – PACC. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Rio de Janeiro, 2016.

_____. **Semiótica e Política: a educação como mediação**. Curitiba: Appris, 2015.

O STF e a racionalidade na vedação de práticas que exponham animais à crueldade

STF and rationality in the sealing of practices that expose animals to cruelty

*Angela Issa Haonat
Karine Alves Gonçalves Mota
Lara Livia Cardoso Costa Bringel*

Resumo: O presente estudo objetivou ampliar os conhecimentos de forma crítica, acerca da racionalidade do Supremo Tribunal Federal-STF ao vedar a prática de atividades que exponham animais à crueldade. A análise foi limitada a quatro decisões apresentadas ao longo do desenvolvimento deste trabalho, buscando identificar a relevância das decisões da suprema corte brasileira frente ao cenário contemporâneo, porque vem sendo recorrente a colisão entre direitos fundamentais, que em tese, não hierárquicos. Para tanto, foi utilizado o método Dedutivo, utilizando-se de conceitos gerais de animal, meio ambiente e fauna, entre outros. Buscou-se entender a atuação do Poder Judiciário para solucionar o conflito entre o direito animal, e a atividade cultural e desportiva. Como metodologia foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo analisadas decisões reais para apresentar uma contribuição relevante e significativa quanto à prevalência de direitos fundamentais. De início, apresentou-se uma breve contextualização do que é meio ambiente, cultura e fauna, bem como, a interligação entre as mesmas. Demonstrou-se, também, a falta de clareza no que tange ao conceito de animais, bem como, em relação à crueldade praticada com eles. Em seguida, houve uma breve análise a título exemplificativo sobre a farra do boi, briga de galo e vaquejada. Por fim, foi realizada uma análise das ementas dos arestos das ADI 1.856/RJ, ADI 3.776-5/RN e ADI 2.514/SC, buscando expor de forma contributiva, que o *status*

do animal frente ao ordenamento jurídico pátrio vem evoluindo, ao ponto de atribuir-lhe direitos inerentes a uma personalidade.

Palavras-chave: Animais. Crueldade. Meio Ambiente. Racionalidade. STF.

Abstract: The present study aimed at increasing knowledge in a critical way about the rationality of the Federal Supreme Court-FSC by prohibiting the practice of activities that expose animals to cruelty. The analysis was limited to the four decisions presented during the development of this one, seeking to identify the relevance of the decisions of the Brazilian supreme court against the contemporary scenario, where the collision between fundamental rights has been recurring, these rights, in thesis, non hierarchical. For that, the Deductive was used as method, where of general concepts of animal, environment, fauna, among others; We sought to understand the role of the Judiciary to resolve the conflict between animal law and cultural and sporting activity. As methodology was used bibliographical and jurisprudential research, where real decisions were analyzed to present a relevant and significant contribution to the prevalence of fundamental rights. At the outset, a brief contextualization of what was to be environment, culture and fauna was presented, as well as the interconnection between them. There has also been a lack of clarity regarding the concept of animals, as well as the cruelty to animals. Then there was a brief analysis as an example on the booze of the ox, cockfight and vaquejada. Finally, an analysis was made of the reports of ADI 1,856 / RJ, ADI 3,776-5 / RN and ADI 2,514 / SC, aiming to contribute in a contributory way that the status of the animal in relation to the legal order of the country has evolved to the point of Attribute to him inherent personality rights.

Keywords: Animals. Cruelty. Environment. Rationality. FSC.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo expor como algumas decisões judiciais, tomadas pelo Supremo Tribunal Federal-STF, foram consideradas relevantes, para nossa realidade, quando buscava alcançar uma regra jurídica atualizada e aplicável ao um caso concreto, de maneira que pudesse solucionar um conflito de interesses, como também, servir de parâmetro para casos semelhantes¹.

1 O artigo foi elaborado em 2016, anteriormente a inserção do §7º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: §7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se

Para tanto, a temática ficou limitada a análise de quatro julgamentos que envolviam a Farra do Boi (RE 153.531-8 SC) e a Briga de Galos (ADI 1.856/RJ, ADI 2.514/SC e ADI 3.776/RN), por serem casos práticos em que haviam animais expostos a crueldade, conforme análise da minuta do voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.983, objeto de análise futura.

O método utilizado será o dedutivo, na medida em que se partirá de premissas gerais, analisando a exploração econômica do animal, como um todo, para se alcançar uma premissa específica, em que se buscará identificar, de forma clara, se existe crueldade significativa, ao ponto de proibir atividades consideradas relevantes, como por exemplo, a vaquejada. A metodologia será bibliográfica e jurisprudencial, uma vez que serão analisados posicionamentos doutrinários e decisões de tribunais, no que tange a matéria em tela, alcançando assim, sua atual posição no cenário brasileiro.

A temática demonstra relevância, principalmente pelo fato de haver um conflito entre direitos considerados fundamentais, devendo então, ficar a cargo de um posicionamento jurisprudencial identificar qual decisão deve prevalecer: o animal, permanece na seara de coisa, semovente, prevalecendo a vaquejada como atividade desportiva e cultural ou se coloca o animal como sujeito de direito, nas relações jurídicas e sociais, atribuindo ao mesmo direitos personalíssimos.

1. Meio ambiente, cultura e fauna na Constituição Federal de 1988

Antes de adentrar no tema propriamente dito, se faz indispensável realizar uma breve contextualização histórica de meio ambiente, cultura e fauna, e como caminharam, ao longo dos anos, em conexão.

Para Leff², a percepção da crise ecológica fez o ambiente emergir “como um saber reintegrador da diversidade, de novos valores éticos, estéticos, e

consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017).

2 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia MathildeEndlich Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001, p. 17.

dos potenciais sinérgicos gerados pela articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais”. Sob esse prisma, fica claro que proteger o meio ambiente significa, ao mesmo tempo, romper com uma lógica desenvolvimentista voltada, unicamente, para a lógica econômica que mantém o homem no centro do sistema, e perceber que a Constituição, como ensina Benjamin, “desenhou um regime de direitos de filiação antropocêntrica temporalmente mitigada [...] atrelado, [...], a um feixe de obrigações com beneficiários que vão além, muito além, da reduzida esfera daquilo que se chama de humanidade”³.

Com efeito, Lafer⁴, aponta que os direitos de terceira e quarta geração, entre os quais está inserido o meio ambiente, têm como titulares, “não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como: a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”. Estaria o direito dos animais imerso na tutela do meio ambiente ou é possível atribuir-lhe um *status* de ramo de direito autônomo? Realizando essa reflexão, é possível visualizar um início de autonomia do direito do animal, diante do conceito de meio ambiente, e exigir do poder público, uma atuação mais efetiva e protecionista com os animais, ao longo dos anos.

Para Gomes, “as Constituições vêm consagrando ao animal níveis de protecção crescente”⁵, citando como exemplo, as Constituições espanhola e italiana (as quais destinam, aos animais, uma protecção reflexa), em que, embora existam avanços para descoisificar os animais, há uma certa resistência para tanto. Desse modo, a autora considera que o mais acertado seria a imposição, ao Homem, de deveres para com os animais⁶.

De outro lado, como efeitos do que se pretende analisar na órbita do presente trabalho, não se pode desconsiderar que o artigo 215, §1º da Constituição da República brasileira determina que: “O Estado protegerá as manifestações das

3 BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gome; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

4 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 131.

5 GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (Coord.). **Animais: Deveres e direitos**. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, Maio 2015, p. 53-55.

6 Direito dos animais: um ramo emergente? In: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (Coord.). **Animais: Deveres e direitos**. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, Maio 2015, p. 48-67.

culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Ao passo que o §1º do artigo 225, oferece instrumentos que garantem a todos a efetividade do direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, como requisito primordial para um mínimo existencial.

O legislador constituinte mencionou, expressamente, a proteção à cultura popular, indígena e afro-brasileira, ao contrário do previsto no *caput* do artigo 225 em que não define de forma precisa quem são os titulares da proteção. Se cultura, na expressão de Reale “é o cabedal de bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos” e “[o] direito marca e reflete essas tendências ou inclinações fundamentais do espírito, na tutela e na realização de valores”⁷. Logo, a proteção do meio ambiente ganha ressignificações como reconhecer uma realidade aos animais, dando-lhes a qualidade de seres com a capacidade de sentir e pensar.

Nesse sentido, Leff⁸ assevera a necessidade da construção de um conceito de ambiente que represente “uma nova visão do desenvolvimento humano, que reintegra os valores potencialidades/potenciais da natureza, as externalidades sociais, os saberes subjugados e a complexidade do mundo, negados pela racionalidade mecanicista”. Este é, porém, a par do direito instituído, um desafio para a sociedade, considerando que a relação do homem com a natureza, como ressaltam Caúla e Arrais⁹, remonta à história da humanidade, e que se observa que nessa relação, o homem, apesar das mudanças paradigmáticas, sempre insistiu em manter uma posição de domínio sobre o meio ambiente.

A conexão entre o meio ambiente e a proteção animal fica evidente, na medida em que são identificados múltiplos aspectos que compreende o meio ambiente, como por exemplo, o natural e o industrial, dentre outros. Reconhecendo essa conexão, não obstante o estágio de desenvolvimento da sociedade, algumas práticas cruéis com animais subsistem na atualidade, e a realidade da qual o Direito tem se ocupado consiste exatamente na desafiadora tarefa de entregar uma prestação jurisdicional justa quando acionado, tendo

7 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

8 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001, p. 17.

9 Caúla. Bleine Queiroz; Arrais, Aline Frota Parente. O direito à moradia sustentável: um estudo na perspectiva dos agentes sociais em Fortaleza. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**, Curitiba, 2013, p.92-110. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16437d40c29a1a7b>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

como principal escopo a preservação de patrimônios ambientais sociais que ultrapassam a condição humana.

Ponderando que os direitos a cultura e ao meio ambiente e, por consequência a proteção da fauna, estão abrigados igualmente na Constituição Federal e, que não há hierarquia entre as normas constitucionais, a aparente colisão entre essas normas exige do Poder Judiciário uma manifestação coerente e justa, buscando sempre a pacificação social.

2. A indeterminação do conceito jurídico de crueldade dos animais

Falta definir, claramente, por parte dos operadores do direito e da própria legislação, um conceito do que é um animal, qual sua importância nas relações intersubjetivas, bem como, o que deve ser considerado crueldade, para com o mesmo.

Segundo Moreira¹⁰, atualmente é inquestionável a senciência dos animais, alertando que se esse *status* encontra-se estabelecido em relação às espécies abrangidas na Declaração de Cambridge de 2012, porém, não se pode desconsiderar que se trata de um conceito aberto e dependente dos avanços científicos, uma vez que não determina limites diferenciadores claros entre os animais racionais e irracionais. Embora, a autora reporte-se no seu trabalho a realidade portuguesa, não se pode deixar de considerar que essa afirmação tem caráter universal, independentemente da legislação interna de cada país.

Como alerta, Silva¹¹ informa que no Brasil, já se ultrapassou o critério de apenas legislar sobre caça e pesca, citando que o artigo 225, §1º, VII, incluiu entre os “meios de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado, a proteção da fauna”. Porém, é de conhecimento público que a exploração da fauna acontece muitas vezes com a exploração animal. Por isso, o que deve ser oferecido à sociedade são mecanismos legislativos e fiscalizatórios que não permitam a exploração exacerbada desses animais.

10 MOREIRA, Alexandra Reis. **Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação**. In: *Animais: Deveres e direitos*. Coordenadoras: Carla Amado Gomes e Maria Luísa Duarte. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, Maio 2015, p. 154.

11 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 845.

Milaré¹², no mesmo sentido, acrescenta que a Constituição reconheceu aos animais, sem qualquer distinção, sejam eles silvestres ou domésticos, o *status* de “seres vivos dignos de respeito, contra qualquer molestação ou violência à sua integridade física”. Para o autor, o acobertamento de “perversidades ou violências sob um manto antropocentrismo, sustentado sobre valor cultural ou recreativo que possa representar determinada atividade humana em relação aos animais”, só podem ser consideradas como equívocos.

Nessa seara, Ayala¹³, a partir do disposto na Constituição da República, afirma que “a proibição de crueldade permite justificar a adoção de medidas de proteção, independentemente, da demonstração objetiva de suplício ou sofrimento físico ou psíquico que tenha sido infligido ao animal”, bastando, segundo ele, “a afirmação do estado de reprovação e censura da prática”. Com efeito, Machado¹⁴, arremata que “uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio”. Considerando que a Constituição estabelece que todos têm direito ao meio ambiente, presume-se que a extensão desse direito abarque também a proteção dos animais, que são seres sencientes. Assim, a sua proteção vai além da proteção do homem de assistir a exposição dos animais à crueldade. Razão pela qual se afirma que eles merecem proteção por si mesmo, ainda que não possuam *status* de sujeito de direitos.

Essas questões, as quais são atribuídas o *status* de questões complexas ou *hard cases* são decisões que põem fim ao conflito instaurado, como alertam Alberto e Alberto¹⁵: “seja sob o rótulo de cláusulas de fechamento, seja com o intento de eliminar lacunas”, não se encerram na argumentação dedutiva, do aqui e agora, pois, para esses autores, é “forçoso ir além, construindo raciocínios que colmatem o direito vigente à especificidade do tema conflituoso, resolvendo

12 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

13 AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427.

14 Machado, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 961.

15 ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Decisões estruturais e argumentação. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI de Santa Catarina**, 2014, p. 213-237. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

em definitivo”. Isso perpassa, segundo eles, pelo exame dos aspectos jurídicos, econômicos e sociais.

Carmo e Martins¹⁶, a respeito da resistência ao cumprimento da legislação ambiental, sustentam, que “no ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer que dita ineficácia provém da inaplicabilidade e não da inexistência de tais normas”. E, verifica-se por outro lado, segundo eles, “um alto nível de falhas na efetivação de direitos fundamentais, além do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

3. Da farra do boi e da briga de galo e a tutela da fauna

É certo que o debate em torno da tutela jurídica da fauna ganhou reforço com o advento da Constituição da República, embora se possa mencionar a existência de Leis anteriores, como a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/1967) que dispõe (considera-se revogada apenas no que for incompatível com a Lei nº 9.605/98) sobre a proteção à fauna, e o Decreto-Lei nº 221/1967 que dispõe acerca da proteção e estímulos à pesca, entre outras. Contudo, a ótica que permeava a tutela da fauna não diferia muito da proteção do meio ambiente, ou seja, prevalecia a lógica do utilitarismo. O debate anterior à Constituição, em que pese a preexistência da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, distanciava-se dos princípios regentes do Direito Ambiental.

Passa-se assim, a consideração de algumas decisões do STF que envolvem a Farra do Boi e a Briga de Galo, contextualizando brevemente a origem das práticas, com o objetivo de investigar a razão de decisão corporificada, em cada uma delas.

3.1 A farra do boi

A Farra do Boi, de acordo com Sirvinskas,¹⁷ consiste em uma forma de manifestação muito popular, que chegou ao Brasil há cerca de trezentos anos, trazida pelos açorianos para o litoral catarinense. Segundo o autor, a farra do boi

16 Carmo, Valter Moura do; Martins, Natália Luiza Alves. Mediação de conflitos socioambientais: uma alternativa à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: *Revista Catalana de Dret Ambiental*. Vol. VI. Número 2, 2015, p. 4.

17 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 603-604.

é a submissão do “animal à fobia do povo, que o persegue e o machuca durante o trajeto”. O Supremo Tribunal Federal apreciou essa questão no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC e, como se extrai do Relatório do mencionado RE, iniciou-se a Ação Civil Pública que a APANDE – Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia, a LDZ – Liga de Defesa dos Animais, a Sozel – Sociedade Zoológica Educativa e a APA – Associação Protetora dos Animais, propuseram com o objeto de obrigar o Estado de Santa Catarina a proibir a farra do boi.

Em que pese os percalços formais, a questão chegou ao STF, superando os óbices formais que na análise do Relator, Ministro Francisco Rezek, que evoca a Teoria Tridimensional do Direito de Reale e cita Campos, para quem os fatos “são inexoravelmente identificados ao direito que se discute”, e que considerar que poucas coisas “são tão tristemente notórias quanto o ritual da chamada farra do boi e o que nela acontece, no litoral catarinense, todo ano”.

Como relembra Rangel¹⁸, no ensejo do julgamento, evidenciaram-se duas posições distintas que dividiu os ministros: de um lado, a primeira posição defendida pelo Ministro Relator, inclinando-se, favoravelmente, à proteção da fauna; e do outro lado, a segunda posição, capitaneada pelo Ministro Maurício Corrêa, que antevia no evento da farra do boi apenas uma expressão da manifestação cultural, abrigada na Constituição Federal. No fim, com críticas, prevaleceu o entendimento do Ministro Relator, pois se questiona se existia, em tese, outro caminho?

Vianna¹⁹, ao discorrer sobre a única resposta correta: a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial, afirma acerca “da dimensão e riscos que podem ocorrer com uma discricionariedade, sem precisar seus limites, em certo sentido, que não há como discordar de Dworkin”. Ao contrário, ele informa

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário nº 153531-SC. Publicado no DJ em 13.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+153531%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+153531%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7e4h>>. Acesso em: 04 de jun. 2016.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi à luz da ponderação e jurisprudência do STF. In: **NOMOS** Revista do Programa da Pós-Graduação da UFC. v. 30, nº 1, 2010, p. 104.

19 VIANNA, José Ricardo Alvarez. A “única resposta correta”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial. In: Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Edição Especial 30 anos. Curitiba: Ledze, 2013, p. 95.

como aferir se a decisão judicial não reflete uma mera opinião do julgador, com base em seus preconceitos e juízo de valor. Com base no que afirma Vianna, é oportuno realçar o que observa Rangel²⁰, tecendo críticas ao voto do Relator, que apesar de ter acertado, considerando a farra do boi uma prática cruel, de outro lado, desconsiderou nos seus argumentos o fato de que o direito a cultura e a manifestação cultural são, igualmente, protegidos pela norma máxima constitucional brasileira. Segundo ele, “o voto do ministro carece de método e consistência argumentativa”. Pois, “ao enxergar a proibição dos atos de maus-tratos contra os animais como um limite constitucional à liberdade de ação cultural, o ministro termina por determinar, no plano abstrato, uma hierarquia entre esses dois valores”.

A defesa pela argumentação que validaria a decisão ao *status de ratio decidendi*, fica fragilizada conforme Rangel²¹, pois, faltou dimensão argumentativa ao julgamento. Ou seja, o enfrentamento do problema, à luz da ponderação dos direitos fundamentais. Segundo ele, a opção do ministro foi percorrer o caminho dos extremos, qual seja, negou “o conflito de normas de direito fundamental” e negou “à farra do boi, o caráter de manifestação cultural”, no enfrentamento do tema. Ademais, em que pese ter considerado a farra do boi uma prática cruel, tem-se a impressão que o faz de um viés antropocêntrico, que busca muito mais proteger o ser humano de assistir ao sofrimento do animal, do que proteger o animal em si mesmo.

3.2 *Briga de galo*

Como mencionam Escobar *et al*²², a rinha chegou ao Brasil em 1530, por influência dos espanhóis, pois não existia, à época, qualquer menção a proibição das rinhas de galo. Porém, o Decreto Federal nº 24.645/1934, consubstanciou-se no primeiro ato de proteção aos animais, proibindo a prática de lutas, e posteriormente, advieram outras proibições através da Lei de Contravenções

20 RANGEL, HelanoMárcio Vieira, op. cit., p. 103-104.

21 RANGEL, HelanoMárcio Vieira, op. cit., p. 105.

22 Escobar, Marco Lunardi; Aguiar, José Otávio; Zagui, Paula Apolinário. Galos em Combate na Paraíba: Descumprimento da Legislação Ambiental. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuf. Ano 2, nº4, jul/dez, 2014, p. 146.

Penais de 1941 e do Decreto nº 50.620/1961, de Jânio Quadros. Mas, no ano seguinte, veio a liberação, por meio do Decreto nº 1.233/192 (Tancredo Neves).

A Constituição de 1988 proibiu, expressamente, a exposição de animais à crueldade e, anos após a Lei nº 9.605/1998, tipificou o crime de maus-tratos a animais, independente da espécie de fauna: silvestre, doméstica ou aquática, o que não resolveu todo o problema, pois a rinha de galo continuou a existir, ainda que de forma clandestina. Alguns Estados como: Santa Catarina, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte até editaram leis estaduais visando regulamentar essa prática. Contudo, como demonstram os casos analisados, a despeito da proibição pelo STF, a briga de galo, continua ocorrendo, inclusive, de forma disseminada no país.

3.3 Da análise das Ementas dos Arestos das ADI 1.856/RJ, ADI 3.776-5/RN e ADI 2.514/SC

Considerando o texto das ementas proferidas nos Acórdãos das ADI 1.856/RJ²³, ADI 3.776-5/RN²⁴ e ADI 2.514/SC²⁵, verifica-se que não há qualquer menção ao direito a cultura, embora seja este um direito igualmente garantido na Constituição Federal. A crítica que se faz, independente do resultado a que se chegou, é que não houve por parte dos Ministros julgadores qualquer parametrização dos direitos envolvidos. Como observa Grau²⁶, no processo de

23 Constitucional. Meio ambiente. Animais: proteção. Crueldade. “briga de galos”. I. A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre “galos combatentes”, autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: CF, art. 225, §1º, VII. II. Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.

24 Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves de raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de Galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII. Ação Julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob o título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galos”.

25 Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.366/2000 do Estado de Santa Catarina. Ato normativo que autoriza e regulamenta a criação e a exposição de aves de raça e a realização de “brigas de galo”. A sujeição da vida animal a exposição de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

26 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

interpretação caberá ao intérprete extrair da norma a solução justa para aquele caso concreto.

Os argumentos para decidir pela proibição da briga de galo nos três casos analisados foram a proteção do meio ambiente e a vedação da exposição dos animais a crueldade. Não houve qualquer cotejo com o direito a cultura. Embora os acórdãos cite-se, reciprocamente, como precedentes, há que se ter cautela com essa afirmação, pois, conforme Vianna²⁷, a decisão judicial “exige de seu intérprete e aplicador uma série de processos mentais, que passam pela investigação exaustiva dos fatos e, na sequência, a seu cotejamento com as normas que compõe o ordenamento jurídico, de maneira a formular a solução razoável”.

4. Vaquejada: o que se extrai do voto vista do Ministro

Luis Roberto Barroso: *Ratio decidendi* ou *obiter dictum*?

Destaca-se, em nota de rodapé, a ementa do voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso na ADI nº 4.983/CE²⁸, para análise do presente estudo. De forma diversa das ementas citadas nos julgados da farra do boi e da briga de

27 VIANNA, José Ricardo Alvarez. A “única resposta correta”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial. In: Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Edição Especial 30 anos. Curitiba: Ledze, 2013, p. 101.

28 Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: PROTEÇÃO DE MANIFESTAÇÕES CULTURAIS VERSUS VEDAÇÃO DE CRUELDADE CONTRA ANIMAIS. 1. A Constituição veda expressamente práticas que submetam animais a crueldade. O avanço do processo civilizatório e da ética animal elevou o resguardo dos seres sencientes (i.e., capazes de sentir dor) contra atos cruéis a um valor constitucional autônomo, a ser tutelado independentemente de haver consequências para o meio ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de colisão entre as normas envolvendo, de um lado, a proteção de manifestações culturais (art. 215, caput e § 1º) e, de outro, a proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), tem sido firme no sentido de interditar manifestações culturais que importem crueldade contra animais. Nessa linha: RE 153.531, [...] ADI 2.514 [...] ADI 3.776 ADI 1.856 [...] 3. Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas graves que se manifestam após o evento. De todo modo, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução. 4. É permitida a regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. No caso da vaquejada, torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática. 5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado

galo, houve na análise do Ministro em tela, o cotejo e sopesamento entre os direitos envolvidos. Embora o estudo seja sobre uma minuta de voto, e que a questão não se encontre julgada em definitivo, observa-se que no estado atual, os Ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello julgaram procedente o pedido formulado na ADI e, o julgaram improcedente, os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux.

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso foi estruturado em partes distintas e contextualizam os fatos e todas as questões conexas, considerando de forma conjunta, os aspectos jurídicos, fáticos e éticos abrangidos pela questão. A questão que se insere é estabelecer se as decisões acerca da farra do boi e da briga de galo, considerando as ementas, os relatórios e os votos propriamente ditos, podem ser considerados como precedentes a justificar o voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso ou, se os argumentos utilizados por ele, superaram a justificação utilizada nas decisões anteriores.

Como alertam os estudiosos Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante”²⁹. Para os autores citados, a aplicação de precedentes “não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos, e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos”. E concluem que “[...] o que vincula nas decisões judiciais capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas, a partir do caso exposto no seu relatório”³⁰.

A partir do lecionado pelos autores, convém estabelecer a distinção entre *obter dictum* e a *ratio decidendi*: a *ratio decidendi* pode ser considerada como uma forma de “generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”. Ou seja, a *ratio decidendi* “deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial.”³¹. Considerando, ainda, os mesmos autores,

procedente para declarar inconstitucional lei estadual que regulamenta a vaquejada como prática esportiva e cultural.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.

30 *Ibid.*, p. 873.

31 *Ibid.*, p. 873-874.

vale enfatizar que a *ratio decidendi* configura-se como o argumento principal, consolidando-se como a parte do precedente com efeito vinculante.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero³², a “*ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz”. [...] e a “proposição necessária e suficiente para a solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente (*ratio decidendi*), podendo-se daí extrair a dimensão objetiva do precedente.

De outro turno, os argumentos marginais da decisão, ao contrário da *ratio decidendi* é que a doutrina nominou como *obiter dictum*. Como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “nem tudo que está na justificação é aproveitado para a formação do precedente”³³. Ou seja, o que está dito em uma decisão, “não constitui proposição necessária para a sua solução”.

A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil acirrou os debates em torno da questão dos precedentes judiciais e, demonstrou que, em realidade, está se aproximando muito mais do modelo do *Common Law*. Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁴ enfatizam que “a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes, precisa prever técnicas para a superação”.

O voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso, que sopesou os direitos e questões envoltas acerca da vaquejada, assim considerado no item 63, está parcialmente gravado em nota de rodapé.³⁵

Trazendo a questão para o que foi proposto neste trabalho, o voto vista analisado gerou a razão de decidir, no que tange aos casos de exposição de animais a crueldade, já julgados pelo STF. Os demais acórdãos analisados, apesar de proibirem as práticas guerreadas nas ADIs, em que se discutia o mesmo objeto, e de decidirem pela proibição, o fizeram a partir de argumentos não justificados.

32 Ibid., p. 873-874.

33 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873-874.

34 Ibid., p. 873-874

35 Portanto, estamos diante de uma prática que só poderia ser regulamentada descaracterizando-a de tal modo a sacrificar a sua própria existência. Por essa razão, embora a lei questionada obrigue a organização da vaquejada a adotar medidas de proteção à saúde dos animais ou estabeleça punição ao vaqueiro que “se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional”, entre outras questões, a regulamentação feita por ela é nitidamente insuficiente. E isso por uma simples razão: é impossível regulamentar essa prática de modo a evitar que os animais envolvidos, especialmente bois, sejam submetidos à crueldade.

Considerando e emergência da teoria dos precedentes, em especial com a edição do novo Código de Processo Civil, exige-se do julgador muito mais em matéria de fundamentação, pois a decisão há de ser racional. Nesse contexto, cita-se a menção do Ministro Luiz Fux no Agravo de Instrumento de nº 835.442, para o qual duas regras de hermenêutica jurídica devem ser lembradas: “*Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir)”.

O voto vista analisado preservou o direito dos animais, construindo, porém, um fundamento robusto e racional, fazendo prevalecer a congruência social e a coerência sistêmica, como requer a dimensão objetiva de uma razão de decidir, que dá a unidade pretendida do direito. Agora aguarda-se como a Corte vai se posicionar quando for enfrentada pela ótica dos Ministros, que ainda não votaram a questão.

Conclusão

O Supremo Tribunal Federal, diante de uma análise, ainda que, provisória demonstrou que a proibição da crueldade com animais, por exemplo: a farra do boi e a briga de galo foram determinantes para o resultado dos julgamentos.

Com base nos casos concretos analisados, não se pode afirmar a existência de uma *ratio decidendi* comum que sirva para formar jurisprudência, uma vez que os argumentos utilizados não foram baseados na ponderação dos direitos envolvidos. Critério diverso foi utilizado na minuta do Voto Vista do Ministro Luis Roberto Barroso que pondera entre o direito à cultura e a vedação de crueldade dos animais, para daí extrair a norma mais adequada e coerente ao sistema.

Foi objeto de análise, para formar a *ratio decidendi* pelo Ministro Luis Roberto Barroso, os fatores culturais da vaquejada. E, só a partir do enfrentamento de todas as questões é que se vislumbrou a impossibilidade de regulamentação da Lei questionada na ADI. Porquanto, essa regulamentação demandaria a completa descaracterização da prática como ela é em realidade. Ou seja, a partir do voto objeto do estudo, pode-se afirmar (considerando que ainda não há decisão definitiva na ADI) que em matéria de exposição de animais à crueldade, tem-se um precedente compatível com a unidade do direito e, por isso, caso seja acompanhado pela maioria no julgamento final, deverá ter efeito *erga omnes*, dada a sua congruência social e coerência sistêmica.

Referências

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. **Decisões estruturais e argumentação**. In: Processo e jurisdição I. Coordenação: Celso Hiroshi Iocohama; e Adriana Goulart de Sena Orsini. XXIII Encontro Nacional do CONPEDI de Santa Catarina, 2014, p. 213-237. ISBN 978-85-68147-19-1. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395-459.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-150.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário nº 153531-SC. Publicado no DJ em 13.03.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+153531%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+153531%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7e4h>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em ADI 2514 - SC. Publicado no DJ em 09. 12.2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em ADI 3776-RN. Publicado no DJ em 29. 06.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em ADI 1856 MC-RJ. Publicado no DJ em 22. 09.2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 835.442/RJ. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=835442&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CARMO, Valter Moura do; MARTINS, Natália Luiza Alves. Mediação de conflitos socioambientais: uma alternativa à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: **Revista Catalana de Dret Ambiental**. Vol. 6, Núm.2, 2015, p. 1-38. Disponível em: < <http://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/307934/397902>>. Acesso em 18 nov. 2017.

CAÚLA. Bleine Queiroz; Arrais, Aline Frota Parente. O direito à moradia sustentável: um estudo na perspectiva dos agentes sociais em Fortaleza. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba, 2013, p. 92-110. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16437d40c29a1a7b>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

ESCOBAR, Marco Lunardi; Aguiar, José Otávio; Zagui, Paula Apolinário. Galos em combate na Paraíba: descumprimento da legislação ambiental. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v 2, nº4, jul/dez, 2014, p. 143-165. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/2988/3437>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (Coord.). **Animais: Deveres e direitos**. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, em 11. 12. 2014. Maio 2015, p. 48-67.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: **Revista dos Tribunais online**. Vol. 918/2012, Abr, 2012. DTR, 2012-2621.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi à luz da ponderação e jurisprudência do STF. In: **NOMOS**. v. 30, nº 1, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A “única resposta correta”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial. In: **Revista da Escola da Magistratura do Paraná**. Edição Especial 30 anos. Curitiba: Ledze, 2013.

Distritos Produtivos Ecosustentáveis: o caso do Distrito Ecoindustrial e Atacadista de Palmas/TO

Eco Sustainable Productive Districts: the case of Eco Industrial and Wholesale District of Palmas/TO

Valtuir Soares Filho

Julia Elisabete Barden

José Damião Trindade da Rocha

Resumo: Com o incremento da legislação ambiental, do controle, por parte do poder judiciário, do crescimento das reivindicações e das pressões comunitárias, os processos produtivos são conduzidos a implantar estratégias proativas para mitigar o impacto ambiental negativo em seus processos. A aglomeração de empresas, com processos ecoinovativos, denominado de Distritos Ecoindustriais, desponta como uma possibilidade de mitigação. Este artigo tem como objetivo, identificar os principais marcos legais que doutrinam um Eco Distrito, com ênfase na legislação que regulamenta o Distrito Ecoindustrial e Atacadista de Palmas/TO, a fim de caracterizá-lo, ou não, de acordo com a legislação, foi realizado mediante a análise documental em repositórios legislativos públicos digitais. Os aspectos pesquisados dizem respeito a existência de uma legislação específica, no quesito ambiental, voltado para eles e suas adequações normativas. Os resultados indicam que, apesar da natureza legal da criação do Distrito Ecoindustrial de Palmas, não há uma legislação específica que doutrine a inserção de tecnologias, processos e métodos produtivos diferenciados no aglomerado. Entretanto, há obrigatoriedade de se adequar a legislação presente no direito ambiental.

Palavras-chave: Eco Inovação. Legislação Ambiental. Eco Distrito. Direito Ambiental. Amazônia Legal.

Abstract: Due to the increment of the environmental legislation, the judiciary power control and the growth of the claims to community pressures, productive processes are conducted to implement proactive strategies to minimize the negative environmental impact on their processes. The agglomeration of companies, with eco innovative processes, entitled Industrial Eco Districts, emerge as a possibility of mitigation. This article aims to identify the main legal milestones that indoctrinate an Eco District, with emphasis in the legislation that regulates the Eco Industrial and Wholesale District of Palmas/TO with the purpose of characterize them, or not, according to this legislation. This study was done through document analysis and in public digital legislative repositories. The aspects researched are about the existence of a specific legislation, in the environmental aspect, related to them and their normative adjustments. The results indicate that, in spite of the legal nature of the creation of the Palmas Industrial Eco District, there is no specific legislation to back up the insertion of technologies, processes or differentiated productive methods in the agglomeration, however, it is mandatory to adjust them to the legislation that presents in the environmental law.

Keywords: Eco Innovation. environmental legislation. Eco District, environmental law. Legal Amazon region.

Introdução

O capitalismo tende a propiciar uma intensa competição entre as empresas. Esse fato, que por um lado favorece a fragmentação geográfica das atividades econômicas, por outro lado, desfavorece os processos de cooperação entre essas mesmas empresas, dificultando a troca de saberes e intensificando os processos de divisão de trabalho, entre os produtores de um mesmo ramo industrial. Os distritos industriais, por exemplo, surgiram como aglomerados de empresas e possuem, em sua essência, a promoção da cooperação entre seus pares, que pode estar associada a diferentes dimensões sob a perspectiva da sustentabilidade: financeira, ambiental e social.

Segundo Silva, Oliveira e Bacelar,¹ passou-se a utilizar o termo sustentabilidade, como instrumento de qualificação do desenvolvimento humano, refletindo a

1 SILVA, Carlos Fernando Cruz da; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima; BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes. Constituição verde e o desafio de sua efetividade: indicadores de sustentabilidade como

necessidade/obrigatoriedade de o crescimento econômico apoiar as necessidades humanas imprescindíveis para manutenção da vida digna dos indivíduos, visando garantir a existência das presentes e futuras gerações. Ao se promover um ambiente propício a esse tipo de desenvolvimento, os processos produtivos tendem a conviver em harmonia, por meio da cooperação, visando a benefícios comuns, criando-se um ambiente de diálogo e troca. Essa interação, em uma perspectiva de desenvolvimento verde, se traduz em inovações verdes conhecidas como eco inovações.

Palmas, capital do estado do Tocantins localizado na região amazônica do Brasil, por se tratar de uma cidade que tem zoneamento urbano planejado está dividida em quadras habitacionais numeradas de forma crescente, e são norteadas pelos pontos cardeais. A cidade, além de possuir áreas específicas para residências, há espaços destinados a órgãos públicos, comércios e indústrias, e tem um Plano Diretor Administrativo com bairros comerciais destinados a aglomeração de empresas, no modelo de distritos industrial. As aglomerações estão divididas em cinco distritos: o Distrito Industrial Tocantins I, Área empresarial da 512 SUL, Distrito Industrial Tocantins II 612 Norte, Distrito Industrial de Palmas e Distrito Ecoindustrial e Atacadista.

Este estudo trata do Distrito Ecoindustrial e Atacadista de Palmas. O distrito está localizado em Palmas, capital do estado do Tocantins, na Amazônia Legal do Brasil e foi criado pela municipalidade, no final da década de 90, para abrigar nesse espaço geográfico, empresas do segmento atacadista. Dos aglomerados de empresas existentes em Palmas, o Distrito Ecoindustrial está localizado na área central do plano diretor da cidade, um espaço constituído de três superquadras que margeiam a rodovia estadual TO 050. A pesquisa identificou os principais marcos legais que doutrinam sobre um Distrito Ecoindustrial, com ênfase na legislação que regulamenta o Distrito Ecoindustrial e Atacadista de Palmas, a fim de caracterizá-lo, ou não, de acordo com essa legislação.

1. Distrito Industrial e Distrito Ecoindustrial

O conceito de Distritos Industrial teve sua origem numa discussão iniciada por Alfred Marshall, sobre a aglomeração de empresas têxteis, de metal e de

solução à inefetividade. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*, vol. 3, Tomo II, 2015. p. 91-108.

mecânica na/da Alemanha, Inglaterra e França, durante a metade do século XIX, e decorreu da descrição das concentrações de pequenas e médias empresas encontradas ao redor das grandes indústrias, nos subúrbios das cidades inglesas, à época. Sua noção estava vinculada a realidade italiana, do final do Século XIX, “em que o ator dominante do desenvolvimento foi uma pequena empresa existente num tecido industrial difuso”. A região da Itália, situada entre o Centro e Nordeste deste país, ficou conhecida como “Terceira Itália” em razão dos aglomerados de pequenas empresas².

Segundo Marshall, o Distrito Industrial baseia-se em num “conjunto de modalidades através das quais recursos locais (naturais, humanos e técnicos) são mobilizados e dão origem a dinâmicas empresariais localizadas”³. Sendo assim, o Distrito Industrial é um espaço geográfico limitado e povoado por inúmeras empresas, que proporciona benefícios para as empresas ali localizadas e para o entorno, por meio das externalidades geradas pela ação conjunta entre empresas aglomeradas e sociedade. Neles, percebe-se uma maior competitividade das empresas numa comparação com as entidades que atuam de forma isolada.

Nesse sentido, as empresas trabalhariam integradas, e isso as levaria a ter um portfólio de ações promotoras ao desenvolvimento e ao fortalecimento dessa rede de empresas como, por exemplo: o treinamento da mão de obra que promoveria, ao mesmo tempo, acumulação e fluxos de conhecimento, e reduziria os custos de transação, além de aumentar o emprego e a renda.

Segundo Guarnieri⁴, um Distrito Ecoindustrial é conceituado como uma ação dos setores público ou privado que, a partir do metabolismo industrial procura uma aproximação ecológica com o *design* e processos dos parques industriais. Essa organização espacial produtiva propõe o equilíbrio entre a atenção às necessidades humanas e a manutenção do meio ambiente, com vistas a direcionar as indústrias a fazerem parte de um modelo racional de produção, análoga ao funcionamento do ecossistema biológico, conforme mostra a Figura 1 a seguir:

2 MARSHALL, Alfred. Princípios de economia. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 212.

3 AZEVEDO, Beatriz. **O Setor informal em uma dinâmica de desenvolvimento local: indústria, família e território**. Ensaios FEE, Porto Alegre: 1997 v.18, n.2, p. 15-17.

4 GUARNIERI, Patrícia. *Logística Reversa: em busca do equilíbrio econômico e ambiental*. Recife: Clube de Autores, 2011.

Figura 1 - Ciclo de vida ambiental de berço a berço



Fonte: Guarnieri (2011, p. 71)

Esse modelo é marcado pela preocupação com o ambiente natural, fazendo com que os sistemas industrial e natural passem a coexistir, sem que um comprometa a viabilidade do outro.⁵ Dessa forma, o Distrito Ecoindustrial pode ser entendido como “[...] uma comunidade de indústrias, negócios e serviços situados em uma propriedade comum. Seus membros buscam o melhor desempenho ambiental, econômico e social através da cooperação e gerenciamento ambiental e dos recursos naturais”⁶.

O Distrito Ecoindustrial segue um modelo de organização de empresas localizadas em um determinado lugar, de preferência num espaço amplo para permitir o crescimento das indústrias, numa região perto de uma rodovia para facilitar o trânsito da operação de logística, escolhida pelo poder público, via lei municipal” (Sistema Fiep, 2014).

O termo Eco inserido na definição do local, caracteriza um espaço onde as empresas que ali estão localizadas, estão preocupadas com as diferentes dimensões do desenvolvimento sustentável, e está ligado, também, ao conceito de Ecologia Industrial que, segundo Thomas e Callan (2010, p. 94): “vem de uma abordagem multidisciplinar de sistema relacionados, com o fluxo de materiais

5 BRANCO, Roderick C. C. **Polo Industrial ecológico de Manaus: uma proposta para o alcance da sustentabilidade**. Dissertação de Mestrado em Administração. Universidade Católica de São Paulo, 2014.

6 NASCIMENTO, Décio Estevão et al. **Parque Eco-Industrial: Uma discussão sobre o futuro dos distritos industriais brasileiros**. Disponível em: <<http://revista.feb.unesp.br/index.php/gepros/article/viewFile/145/107>> Acesso em: 06 out. 2014.

e de energia entre os processos industriais e o ambiente”. É uma noção, cada vez mais, difundida no desenvolvimento de políticas ambientais de que o ciclo de vida completo de um produto, incluindo todos os fluxos de materiais e de energia, deve ser levado em conta nas ações para melhorar o meio ambiente. A Ecologia Industrial, como sustenta o autor “combina processos industriais e meio ambientes de forma o mais harmônico possível”⁷. A ecologia industrial pode ser entendida a partir dos ecossistemas naturais.

No processo de Ecologia Industrial, há estímulo a reciclagem e (re)uso de resíduos oriundos do processo produtivo industrial a fim de que o resíduo de um produto seja aproveitado como insumo na geração de outro processo, criando um fluxo de energias no distrito. O que é sobra ou resíduo final do processo produtivo para um segmento é utilizado por outro como matéria prima de entrada, num outro processo. Sendo assim, cria-se um ciclo de alimentação e retroalimentação de matéria prima no processo.

O primeiro Distrito Ecoindustrial está situado em Kalundborg na Dinamarca, e é um exemplo clássico da colaboração de empresas independentes, determinadas em dividir o benefício econômico num ambiente mútuo. O mesmo teve início no ano de 1972, e está baseado em acordos comerciais bilaterais, com três projetos: “a reutilização da água, a troca de energia e a reutilização de resíduos”⁸.

Kalundborg está localizada no Norte da Dinamarca, com cerca de 20.000 pessoas, e a partir dos anos 70 tornou-se um importante centro industrial do país devido a configuração do seu Distrito Ecoindustrial, que trouxe para o seio industrial o conceito de Ecologia Industrial por meio do princípio da eco inovação. Seu surgimento ocorreu em 1972 com a instalação da fábrica sueca de placas de gesso, para a construção civil Gyproc, nas proximidades da Statoil. Para obter gás combustível, iniciou a atividade de simbiose industrial em Kalundborg, interagindo com seus principais parceiros, no complexo industrial⁹.

7 THOMAS, Janet M; CALLAN, Scott J. **Economia Ambiental- aplicações, políticas e teorias**. São Paulo: Cengage Learning. 2010, p. 94.

8 NASCIMENTO, Décio Estevão et al. **Parque Eco-Industrial: Uma discussão sobre o futuro dos distritos industriais brasileiros**. Disponível em: <<http://revista.feb.unesp.br/index.php/gepros/article/viewFile/145/107>> Acesso em: 06 out. 2014.

9 FRAGOMENI, Ana Luiza Moura. **Parques Industriais Ecológicos como Instrumento de Planejamento e Gestão Ambiental Cooperativa**. Tese – Curso de Doutorado do Programa de pós-graduação de Engenharia – Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2005

O princípio daecoinovação em Kalundborg consiste em controlar a complexidade das atividades industriais nas empresas localizadas no aglomerado de empresas, a partir de processos similares à estrutura de uma cadeia alimentar. Dessa forma, o Distrito é entendido como uma unidade composta de relações orgânicas que abrangem uma ampla variedade de espécies que interagem com os recursos materiais disponíveis.

No Brasil, o surgimento de um Distrito Ecoindustrial ocorreu por meio da criação do polo industrial de Camaçari, no estado da Bahia, no ano de 1978, possuindo uma intensa integração entre as empresas, principalmente em relação a questões ambientais. Em 2002, foi criado no Rio de Janeiro, para incentivar o desenvolvimento sustentável, um Programa de Fomento ao Desenvolvimento Industrial Sustentável – Rio Eco polo. Um exemplo recente de Distrito Ecoindustrial é o Eco Parque, localizado na cidade de Benevides (PA), implantado em 2014, por meio de uma iniciativa do Programa Amazônia, resultante da estratégia da Empresa Natura, para a região.

2. Marcos legais de um Distrito Ecoindustrial

Em muitos casos, as empresas costumam utilizar terminologias ligadas ao desenvolvimento sustentável por questões de modismo, para melhorar a imagem do setor, como ação de marketing ou marketing verde. Entretanto, a evolução e o desenvolvimento de um Distrito Ecoindustrial, segundo Lowe¹⁰, requer uma amplitude maior para legitimar o seu significado, uma vez que plantar árvores ou adotar o reuso da água em prédios não é uma política suficiente para caracterizar o segmento como eco sustentável, apesar de ser um bom começo. Com o incremento da legislação ambiental, do controle por parte do poder judiciário e do crescimento das reivindicações e pressões comunitárias, os processos produtivos estão se interessando mais em implantar estratégias proativas, para mitigar o impacto ambiental negativo em seu processo de produção.

Não há uma legislação específica para designar e disciplinar um Distrito Ecoindustrial. Entretanto, para dar suporte à legitimação desse tipo de aglomerado de empresas, voltado à sustentabilidade ambiental e social, há princípios alicerçados na legislação periférica, como as normativas do Conselho

10 LOWE, Ernest A. *Eco-industrial Park Handbook for Asian Developing Countries*. Oakland: IndigoDevelopment, 2001.

Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), a lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e a certificação de qualidade *International Organization for Standardization – ISO 14001*, entre outras, conforme se demonstra no Quadro 1.

Quadro 1 – Principais ementários das principais legislações adaptáveis a um Distrito Ecoindustrial

INSTRUMENTO LEGAL	APLICAÇÃO
Constituição Federal	Define, no artigo 225, que o meio ambiente deverá ser tratado como bem difuso.
Lei nº 6.938/1981	Estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente e define o Licenciamento Ambiental como instrumento da Política.
Decreto Federal nº. 99.274/1990	Regulamenta a Lei nº 6.938/1981.
Resolução CONAMA 001/1986	Dispõe sobre o processo de licenciamento ambiental definindo os instrumentos e etapas de licenciamento.
Resolução CONAMA 237/1997	Disciplina o processo de licenciamento ambiental estabelecendo regras de definição de competência.
Resolução CONAMA 428/2010	Trata da autorização do órgão responsável pela administração de Unidades de Conservação para licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental nas Zonas de Amortecimento das Unidades.

Fonte: elaboração dos autores.

No CONAMA, destacam-se as definições das responsabilidades e diretrizes gerais da Avaliação de Impacto Ambiental, no que se refere a seu uso e implementação, concebidas por meio da Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Por meio dessa resolução, definiram-se como instrumentos da referida avaliação, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto sobre Meio Ambiente (RIMA), constituindo-se a sua elaboração como exigência do processo de licenciamento ambiental, de uma série de atividades, as quais também se encontram definidas em listagem dessa mesma resolução¹¹.

No tocante a legislação do Programa Nacional de Resíduos Sólidos, a legitimidade do Distrito Ecoindustrial está alicerçada no que é estabelecido como princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes para a gestão integrada e o gerenciamento dos resíduos sólidos. A PNRS traz como inovação a inserção da

11 FRAGOMENI, Ana Luiza Moura. **Parques Industriais Ecológicos como Instrumento de Planejamento e Gestão Ambiental Cooperativa**. Tese – Curso de Doutorado do Programa de pós-graduação de Engenharia – Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2005.

responsabilidade compartilhada, ou seja, responsabiliza fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços de limpeza pelo ciclo da vida dos produtos, e ainda estabelece a Logística Reversa¹². Isso gera uma nova dimensão e indica que todos: indústria, comércio, poder público e consumidores, devem assumir sua parcela de responsabilidade na solução do problema ambiental gerado pelo descarte dos resíduos do processo produtivo.

A certificação de qualidade ISO 14001 está associada a regularização dos fundamentos do Distrito Ecoindustrial, a partir do momento em que a norma específica agrega um conjunto de requisitos para criação e implementação de um Sistema de Gestão Ambiental (SGA), que podem ser, objetivamente, auditados e que ajudam as organizações a minimizar o impacto negativo que as suas operações tenham sobre o meio ambiente.

A certificação de um SGA, pela norma ISO 14001, condiciona uma melhora dos processos e produtos da organização de forma tática (nível operacional) e estratégica (nível de sistema). Individualmente, essa última requer atenção especial no que tange à validação de um Distrito Ecoindustrial, pois, por meio dessa estratégia há necessidade da elaboração de indicadores de desempenho de processo/operacional, e estratégico/gerencial que implicam maiores níveis de ambição ambiental, já que enfatizam, não somente, os processos internos da organização, mas também, questões fundamentais, como: “Análise do Ciclo de Vida (ACV), desenvolvimento de produtos orientados ao meio ambiente e requisitos dos fornecedores”¹³.

Os Distritos Ecoindustriais tendem a internalizar o conceito de desenvolvimento sustentável, já que tem a sua criação originada com base no respeito ao tripé da sustentabilidade. No aspecto ambiental, significa foco na prevenção e na precaução com os impactos do processo produtivo no meio ambiente, o que os diferencia das demais aglomerações. Porém, em relação ao social, nota-se uma indefinição de quais princípios são englobados, e de quais práticas devem ser adotadas, não havendo clareza de como deve ser operacionalizado.

12 Procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos ao setor produtivo, para reaproveitamento em seu ciclo, em outros ciclos produtivos, ou, ainda, em destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, inciso XII da Lei n. 12.305/2010).

13 POMBO, Felipe Ramalho; MAGRINI, Alessandra. **Panorama de aplicação da norma ISO 14001 no Brasil**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v15n1/a02v15n1.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015, p. 2.

3. Natureza da criação de um Distrito Ecoindustrial

A criação de um Distrito Industrial necessita da formalização de instrumentos jurídicos diferenciados. Por exemplo, a isenção de tributos servirá de atrativo para a instalação das empresas, e deverá ter um plano diretor, com proposta para tratamento de esgoto. Tudo isso numa grande área em que a legislação ambiental permita a urbanização. Outro aspecto importante é o direcionamento de uma malha logística voltada aos setores produtivos, como rodovias estruturadas e porto de escoamento de produção, com acesso e tráfego em boas condições. Além da logística operacional, a destinação de linhas de créditos para fomento de produção e acesso à aquisição de áreas públicas, a preços atrativos contribuem para oferecer às empresas atrativos que as incentivem a produzir e gerar emprego e renda.

Um Distrito Ecoindustrial vai além de tudo isso, pois, ele proporciona a instalação de empresas com incentivos aludidos, com ênfase na mitigação dos impactos negativos gerados ao meio ambiente e a localidade, em decorrência das atividades produtivas. Seu mais importante propósito está baseado na sustentabilidade social, econômica e ambiental.

Assim, pode-se entender o aspecto social, a partir de um conjunto de ações que visem a melhorar a qualidade de vida da população, perpassando pelas questões éticas que envolvem a relação entre empresas e sociedade. Essas ações devem diminuir a distância da responsabilidade da empresa, desde a concepção do produto ou serviço aos ecos remanescentes do seu uso.

No aspecto econômico, está a razão de existir dos processos produtivos, todavia, a empresa deverá ir além dessa máxima e entender seu papel no sistema produtivo, uma vez que contribui para geração de emprego e renda e, por consequência, para manutenção financeira das famílias.

Na questão entendimento ambiental, quando o processo produtivo é pensando sob uma ótica em que haja ganho de economia de matérias primas e energia, bem como, no descarte adequado de resíduos, o ganho vai além do econômico, resultando em melhor qualidade do meio ambiente, humano e natural, pela redução do impacto negativo.

Durante o processo de criação e implantação, tanto de um Distrito Industrial como de um Distrito Ecoindustrial, o poder público necessita ter o projeto e a aprovação de leis específicas para a destinação do aglomerado, tais como: a lei para criação do mesmo, a lei de incentivos fiscais para implantação

de empresas de indústria, comércio e serviços, e a lei de desenvolvimento econômico municipal, como por exemplo, a legislação do Distrito que deverá dispor, entre seus artigos, de temas como: delimitação da área em que será implantado o Distrito, a forma de alienação dos terrenos, o funcionamento da licitação, as ações em caso de venda ou incorporação da empresa concessionária, responsáveis pela implantação de infraestrutura etc.

Dessa forma, os especialistas: Raud¹⁴, Lowe¹⁵, Becattini¹⁶, Fragomeni¹⁷, Tamio¹⁸, Pombo¹⁹ identificam diferentes dimensões para a análise de um Distrito Ecoindustrial, abaixo, categorizadas e ilustradas no Quadro 2, em que se percebe os elementos que as caracterizam.

Quadro 2 – Dimensões de análise de um Distrito Ecoindustrial

DIMENSÃO	CARACTERÍSTICAS
Redes internas	Colaboração, cooperação e Inovação
Social	Políticas públicas e Projetos sociais
Governança	Qualificação de recursos humanos e Práticas ambientais
Ambiental	Adequação no processo produtivo e Simbiose industrial
Econômica	Processo de produção e Impactos econômicos no uso de práticas ambientais

Fonte: elaboração dos autores.

-
- 14 RAUD C. **Indústria, território e meio ambiente no Brasil: perspectivas da industrialização descentralizada** a partir da análise da experiência catarinense. Florianópolis: UFSC, 1999.
- 15 LOWE, Ernest A. **Eco-industrial Park Handbook for Asian Developing Countries**. Oakland: IndigoDevelopment, 2001.
- 16 BECATTINI, Giacomo. **Del distrito industrial marshalliano a la" teoríadel distrito" contemporánea: una breve reconstrucción crítica**. 2002. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2124386.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2015.
- 17 FRAGOMENI, Ana Luiza Moura. **Parques Industriais Ecológicos comoInstrumento de Planejamento e Gestão Ambiental Cooperativa**. Tese – Curso de Doutorado do Programa de pós-graduação de Engenharia – Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2005.
- 18 TAMIOTO, A. H. **Proposta de simbiose industrial para minimizar os resíduos sólidos no Pólo Petroquímico de Camaçari**. Dissertação – Curso de Mestrado Profissional em Gerenciamento e Tecnologias Ambientais no Processo Produtivo –Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2004.
- 19 POMBO, Felipe Ramalho; MAGRINI, Alessandra. **Panorama de aplicação da norma ISO 14001 no Brasil**. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/gp/v15n1/a02v15n1.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

A dimensão das redes internas é caracterizada pelos processos de cooperação e colaboração que se instalam no Eco Distrito, entre as empresas que fazem parte do aglomerado, bem como, das interações realizadas com outras empresas. Enfatiza-se a importância da proximidade geográfica das empresas no aproveitamento de sinergias comuns, que se traduzam em aprendizado por interação, troca de experiências em processos de inovação e cooperação mútua.

Na dimensão social há o compartilhamento de saberes e processos, entre empresas e sociedade que estimulam, a exemplo da dimensão das redes internas, o fortalecimento das sinergias colaborativas. Ressalta-se que, a ela se agrega a dimensão ambiental.

A sustentabilidade ambiental tem como princípio a preservação do meio ambiente, o equilíbrio ecológico e a utilização sustentável dos recursos naturais, por parte das empresas. Nessa dimensão, se agrega o cumprimento da legislação, a minimização dos impactos ambientais nos projetos da empresa, a gestão de resíduos líquidos e sólidos e a inserção de tecnologias limpas. Em outras palavras, é a Eco eficiência contribuindo para o êxito econômico das atividades.

Dessa forma, a dimensão econômica, a partir da combinação das duas dimensões citadas, poderá lograr sucesso propiciando a sustentabilidade financeira das empresas, alocada no eco distrito, gerando recursos para remunerar os fatores de produção. Nessa concepção, o Eco Distrito deixa de ser contemplado apenas como uma unidade econômica tradicional, passando a ser mais valorizado por suas relações entre os atores sociais, o meio ambiente e a mobilização social e cultural. Entretanto, essa valorização não está alicerçada apenas no reconhecimento social dessas ações, mas nos ganhos econômicos que elas poderão reverter às empresas.

No entrecruzamento das dimensões citadas está a de governança, que está refletida nos diferentes modos de coordenação, entre os agentes e atividades que envolvam desde a produção à distribuição de bens e serviços, assim como, o processo de geração, disseminação e uso de conhecimentos e de inovações. No eco distrito essa governança diz respeito às diversas atividades que envolvam a organização dos fluxos de produção, como os processos de capacitação e adoção de práticas ambientais.

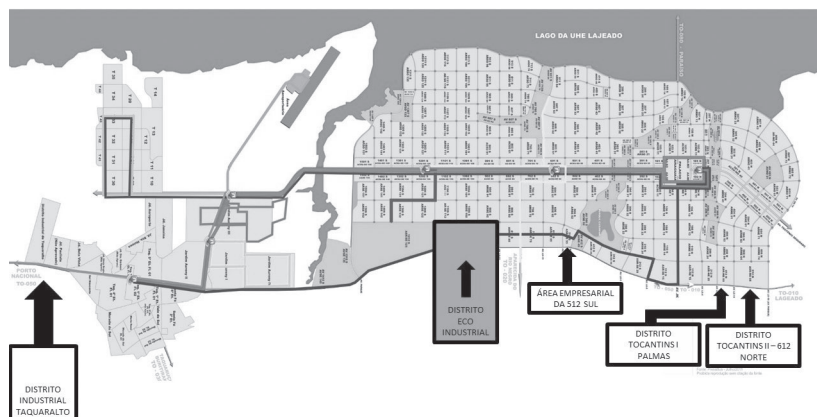
4. O Distrito Ecoindustrial de Palmas/TO

Na concepção do plano diretor de Palmas capital do Tocantins, no Brasil, cidade localizada na Região Norte, no limiar da Amazônia Brasileira, existem,

em meio as quadras urbanas, espaços destinados a alocação de distritos. Na cidade, foram definidos cinco distritos: Distrito Industrial Tocantins I; Área empresarial da 512 SUL; Distrito Industrial Tocantins II 612 Norte; Distrito Ecoindustrial e Atacadista; Distrito Industrial de Palmas.

Dos aglomerados de empresas existentes em Palmas, um está localizado em uma área central do plano diretor da cidade conforme, demonstra a Figura 2, abaixo. Essa área, constituída por três super quadras, que margeiam a rodovia estadual TO 050, denominada de Distrito Ecoindustrial, foi escolhida como recorte para o estudo desta pesquisa. Ela foi criada pelo Decreto nº48, de 04 de maio de 1999, como o nome de Polo Eco Industrial e Atacadista de Palmas, e é administrada pela municipalidade. Apesar do nome: “Polo Eco Industrial e Atacadista de Palmas” é conhecida por, Distrito Ecoindustrial.

Figura 2 – Localização dos Aglomerados de Empresa em Palmas/Tocantins



Fonte: adaptado a partir de Prefeitura de Palmas (2015).

A partir de um levantamento realizado, na Prefeitura de Palmas, por meio de análise documental em 2015 e 2016, bem como, em repositórios legislativos públicos digitais, estruturou-se o quadro 3, a seguir, em que se apresentam os elementos básicos da configuração dos distritos industriais de Palmas, incluindo o Distrito Ecoindustrial, conforme se percebe.

Quadro 3 – Distritos Industriais de Palmas/TO

DISTRITOS INDUSTRIAIS PALMAS	CARACTERÍSTICAS
Tocantins I – Palmas	Localização: ASRNE 55 – 412 Norte Criação: Decreto nº. 3.079 - 6/7/2007 Responsável: Estado Área: 215.648.64 m ² Lotes: 223 Setores ativos: pré-moldados, material plástico, fabricação de peças em gesso, atacadista de alimentos.
Área Empresarial da 512 Sul	Lotes: 88 Cerca de 50 empresários Área: 258.750,44 Responsável: Estado Principais empresas: Cerealista Santa Fé, Rodes Engenharia, Locações e equipamentos Obras: em execução Situação: obras de terraplanagem, drenagem, pavimentação asfáltica, rede de água e energia.
Tocantins II – 612 Norte	Localização: ASRNE 65 – 612 Norte Lotes: 220 lotes Área: 831.128,78 m ² Situação: Regularizado dia 15/1/2015. Comportará empresas de pequeno e médio porte, do setor de atacadista, de distribuição, e não poluentes, entre outros.
Distrito Industrial de Taquaralto	Existe apenas uma área de 1.199.958,41 m ² destinada à construção de um distrito, mas ainda não foi consolidada sua implantação.
Distrito Ecoindustrial e Atacadista – Palmas	Localização: Plano Diretor Sul, Paralela a TO-050 Criação: Decreto nº 189/2006, 27/7/2006 ²⁰ Área: 1.242.258,70m ² Lotes: 469 Setores ativos: distribuidoras de bebida e alimentos, marmoraria, produtos siderúrgicos, pré-moldados, indústria de asfalto, concessionárias de veículos.

Fonte: Prefeitura Municipal de Palmas– Pesquisa Documental (2015).

20 PALMAS (Município). Decreto nº 189, de 27 de julho de 2006. Regulamento do Polo Eco-Industrial e Atacadista de Palmas. Disponível em <<http://cm-palmas.jusbrasil.com.br/legislacao/259592/decreto-189-06>> Acesso em: 16 jul. 2015.

Ao longo do desenvolvimento de Palmas, a legislação de seu Plano Diretor passou por modificações para regulamentar o processo de concessão de áreas públicas e para implantar processos produtivos. Entre as alterações, procurou-se evidenciar a evolução do marco legal que instituiu o Distrito Ecoindustrial de Palmas, conforme mostra o Quadro 4, a seguir.

Quadro 4 – Marco legal do Distrito Ecoindustrial de Palmas

LEGISLAÇÃO	CONTEÚDO
Decreto nº 48, de 04 de maio de 1999	Dispõe sobre a regulamentação do Distrito Ecoindustrial de Palmas-TO com denominação de Polo Eco Industrial e Atacadista.
Lei Complementar n. 7, de 8 de outubro de 1999	Transformação de Áreas Públicas Municipais (APM) do Polo Eco Industrial e Atacadista em áreas passíveis de implantação de indústrias, em que qualifica área pública, anteriormente, destinada a equipamento público para transformar em terreno para futura implantação de indústria.
Decreto nº 18, de 27 de janeiro de 2005	Institui comissão para Análise da Situação de Áreas Alienadas no Distrito Ecoindustrial de Palmas e Distrito Industrial de Taquaralto, e dá outras providências.
Decreto nº 35, de 18 de fevereiro de 2005	Institui comissão especial (CE), para analisar e regularizar processos referentes ao polo Eco Industrial e Atacadista de Palmas e do Distrito Industrial de Taquaralto.
Decreto nº 206, de 18 de agosto de 2005	Regulamento do Polo Eco Industrial e Atacadista de Palmas, em que se instrui o procedimento administrativo para instalação de empresas no Polo Eco Industrial e Atacadista de Palmas.
Decreto nº 189, de 27 de julho de 2006	Cria o Regulamento do Polo Eco Industrial e Atacadista de Palmas.

Fonte: elaboração dos autores.

Na análise da legislação de legitima o/um Distrito Ecoindustrial de Palmas – Tocantins, não foi vislumbrado um aporte que evidencie os elementos supramencionados, que caracterizam um Eco Distrito. O que se percebeu foi apenas a intenção do legislador municipal em instruir processos e delimitar a criação de espaços produtivos sem a preocupação de agregar elementos que o identifiquem como Eco, seja no aspecto econômico, ambiental ou social.

Conclusão

Neste artigo, buscou-se reunir informações para analisar os marcos legais do Distrito Ecoindustrial de Palmas/TO. Assim, identificou-se legislações

ambientais e normas, em conformidade com os princípios da ecologia industrial, consideradas como fator fundamental para favorecer o engajamento das empresas, na adoção de estratégias simbióticas – ACV, de crescimento. Como resultado, a política governamental deve ser concebida e implementada para desempenhar um papel facilitador, fornecendo apoio político, de coordenação, educacional e de infraestrutura.

Partindo da análise da legislação que criou o distrito, foi constatado que as empresas não estão obrigadas a fazer adequações, ao longo do processo produtivo, pelo fato de estarem instaladas no Distrito Ecoindustrial de Palmas. Entretanto, no âmbito da municipalidade, há um refinamento, do tema, em forma de legislação específica para procedimentos de licenciamento ambiental de atividades com potencial poluidor.

Na legislação de Palmas, desde o ano 2002, por meio do decreto 244²¹ de 05/03/2002, se estabeleceu normas e procedimentos para: o Licenciamento Ambiental, a Avaliação de Impactos Ambientais, a Fiscalização e o Cadastro Ambiental das atividades e empreendimentos considerados efetivos e potencialmente poluidores ou que, sob qualquer forma, possam causar degradação do meio ambiente, no Município de Palmas.

De acordo com esse decreto estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e atividades constantes no Anexo I, do referido decreto. Os empreendimentos e atividades sujeitos ao licenciamento ambiental municipal e a classificação do potencial poluidor, que advém como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, da Lei nº 6.938/81, em seu artigo 10, estabeleceu que a construção ou instalação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados, efetiva ou potencialmente poluidores, bem como, os capazes de, sob qualquer forma, causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento.

Tendo em vista os aspectos observados, pode-se concluir que, desde sua criação em 1999, o Distrito Ecoindustrial de Palmas/TO ainda não foi consolidado. Com base nas características, princípios e instrumentos projetados para Distritos Ecoindustriais, implementados em outros países, e destacados por Fragomeni (2005), não existem elementos que justifiquem que o distrito é realmente um eco distrito, e que seja entendido como eco sustentável.

21 PALMAS. Decreto nº 244, de 05 de março de 2002. Regulamento licenciamento ambiental em Palmas. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=176708>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

Conclui-se, ainda, que os Distritos Ecoindustriais não possuem uma legislação específica que os identifique. Contudo, a legislação periférica aludida denota que, ao se atingir as bases legais por elas estabelecidas, as firmas, nesse aglomerado de empresas, poderão contribuir para a sustentabilidade ambiental.

Referências

AZEVEDO, Beatriz. **O Setor informal em uma dinâmica de desenvolvimento local: indústria, família e território**. Ensaios FEE, Porto Alegre: 1997 v.18, n.2.

BECATTINI, Giacomo. **Del distrito industrial marshalliano a la" teoria del distrito" contemporánea: una breve reconstrucción crítica**. 2002. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2124386.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2015.

BRANCO, Roderick C. C. **Polo Industrial ecológico de Manaus: uma proposta para o alcance da sustentabilidade**. Dissertação de Mestrado em Administração. Universidade Católica de São Paulo, 2014.

BRASIL. **Decreto nº24 de 3 de fevereiro de 2004**. Políticas dos Recursos Naturais, do Conselho de Governo, a Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Dnn/Dnn10114.htm>. Acesso em: 3 out. 2014.

_____. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

CORREIO BRAZILIENSE. **Natura inaugura complexo industrial na Amazônia e gera 500 empregos**. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2014/03/12/internas_economia,417045/natura-inaugura-complexo-industrial-na-amazonia-e-gera-500-empregos.shtml> Acesso em: 29 ago. 2016.

FIETO- Federação das Indústrias do Estado do Tocantins. **Arranjos Produtivos Locais: Uma abordagem sobre as APL's e o impacto no desenvolvimento do Tocantins**. Disponível em <<http://www.fieto.com.br/DownloadArquivo.aspx?c=7b1edffd-4b4a-47b6-8f07-fbaa7b10a0c0>>. Acesso em: 06 out. 2016.

FRAGOMENI, A. L. M. **Parques Industriais Ecológicos como Instrumento de Planejamento e Gestão Ambiental Cooperativa**. Tese – Curso de Doutorado do Programa de pós-graduação de Engenharia – Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2005, 122 p. Disponível em: < <http://www.ppe.ufrj.br/ppes/production/tesis/alfragomeni.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

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

LOWE, Ernest A. **Eco-industrial Park Handbook for Asian Developing Countries**. Oakland: Indigo Development, 2001.

MARSHALL, Alfred. **Princípios de economia**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

NASCIMENTO, Décio Estevão et al. **Parque Eco-Industrial: uma discussão sobre o futuro dos distritos industriais brasileiros**. Disponível em:<<http://revista.feb.unesp.br/index.php/gepros/article/viewFile/145/107>> Acesso em: 06 out. 2016.

PALMAS. **Decreto nº 189, de 27 de julho de 2006**. Regulamento do Polo Eco-Industrial e Atacadista de Palmas. Disponível em<<http://cm-palmas.jusbrasil.com.br/legislacao/259592/decreto-189-06>> Acesso em: 16 jul. 2016.

PALMAS. **Decreto nº 244, de 05 de março de 2002**. Regulamento licenciamento ambiental em Palmas. Disponível em<<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=176708>> acesso em: 04 jan. 2017.

POMBO, Felipe Ramalho; MAGRINI, Alessandra. **Panorama de aplicação da norma ISO 14001 no Brasil**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v15n1/a02v15n1.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

RAUD C. **Indústria, território e meio ambiente no Brasil: perspectivas da industrialização descentralizada a partir da análise da experiência catarinense**. Florianópolis: UFSC, 1999.

SILVA, Carlos Fernando Cruz da; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima; BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes. **Constituição verde e o desafio de sua efetividade: indicadores de sustentabilidade como solução à inefetividade**. In:

MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, vol. 3, Tomo II, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. p. 91-108. Disponível em: <<http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-%E2%80%93-Tomo-II-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

TAMIOTO, A. H. **Proposta de simbiose industrial para minimizar os resíduos sólidos no Pólo Petroquímico de Camaçari**. Dissertação – Curso de Mestrado Profissional em Gerenciamento e Tecnologias Ambientais no Processo Produtivo – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2004, 169 p. Disponível em: < http://www.teclim.ufba.br/site/material_online/dissertacoes/dis_armando_h_tanimoto.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

THOMAS, Janet M.; CALLAN, Scott J. **Economia Ambiental- aplicações, políticas e teorias**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

O licenciamento ambiental como instrumento da política nacional de meio ambiente: uma análise dos retrocessos da PEC nº 65/2012, no Brasil e a legislação espanhola

The environmental licensing as an instrument of national policy on the environment: an analysis of the regresses OF THE brazilian constitutional amendment 65/2012, in Brazil and the spanish legislation

*Karin Käsmayer
Angela Cassia Costaldello*

Resumo: O artigo objetiva analisar o licenciamento ambiental, instrumento criado pela Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981, sob a perspectiva das mudanças introduzidas pela Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 65, de 2012, caso seja aprovada. Em razão da sua aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, acentua-se uma forte tendência e pressão do Congresso Nacional brasileiro quanto a propostas de alteração legislativa para flexibilizar o licenciamento ambiental, tornando-o menos rígido e burocrático. Diante da polêmica gerada pela PEC, a análise do conteúdo é feita com ênfase em sua constitucionalidade, ao final, realiza-se uma análise comparativa com a legislação espanhola, sobre o licenciamento ambiental.

Palavras-chave: Licenciamento ambiental; PEC nº 65/2012; flexibilização do licenciamento; legislação espanhola.

Abstract: This article aims to analyze the environmental licensing, instrument created by Law nº. 6,938, August 31, 1981, from the perspective of the changes introduced by the Proposal for Amendment to the Constitution (PEC) No. 65, of 2012, if it is approved. Due to its approval by the Constitution and Justice Committee of the Brazilian Senate, there is a strong tendency and pressure of the Brazilian National Congress on proposals for legislative changes to flexibilize the environmental licensing, making it less rigid and bureaucratic. In the face of the controversy generated by the PEC, the article analyzes its content, with emphasis on its constitutionality, in order to, in the end, carry out a comparative analysis with the Spanish legislation on environmental licensing.

Keywords: Environmental licensing; PEC N. 65/2012; flexibility of licensing; Spanish legislation.

Introdução

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos essenciais para a implantação da Política Nacional do Meio Ambiente do Brasil, criado pela Lei nº 6.938, de 1981, no que tange a gestão de riscos e controle de atividades, potencialmente, poluidoras do Poder Público. Todavia, há uma forte tendência e pressão, sobretudo, pelo Congresso Nacional brasileiro (o que tem gerado polêmicas), quanto a propostas de alteração legislativa para flexibilizar o licenciamento ambiental, tornando-o menos rígido e burocrático.

O licenciamento ambiental, como uma das manifestações da polícia administrativa incidente sobre a propriedade privada e a liberdade econômica dos particulares, é objeto de constante preocupação e de dissensos nos setores governamental (legislativo e executivo) e privado¹, pois, dele dependem várias atividades que interferem, de modo profundo, no meio ambiente.

Nesse contexto, ao ter a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal aprovado a Proposta de Emenda (PEC) nº 65, de 2012, que visa a alterar o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88),

1 Notícias atuais veiculadas sobre licenciamento ambiental no Jornal Folha de S.Paulo, 12/07/2016, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1790940-temer-garante-retomar-demarcacoes-indigenas-e-licenciamento-ambiental.shtml>> e pelo Jornal o Globo, em 12/07/2016, disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/temer-defende-mudanca-em-regras-de-venda-de-terra-estrangeiros-de-licenciamento-ambiental-19694681.html>>.

e cujo conteúdo dismantela por completo a função preventiva do licenciamento ambiental do Brasil, surge a necessidade de refletir sobre essa questão, em que a atuação do Congresso Nacional apresenta tendências de retroceder a legislação ambiental, vigente.

Portanto, ao ter como problemática o risco de a legislação ambiental sofrer retrocessos, tem-se como objetivo o presente artigo, analisar o conteúdo e o mérito da PEC nº 65, de 2012, bem como, a sua tramitação, a fim de cotejar as manifestações públicas contra a referida PEC, com a doutrina e legislação ambiental vigentes, para auferir os vícios de constitucionalidade da proposição e os possíveis efeitos, caso haja sua aprovação, para o sistema legal, ambiental pátrio.

Com base no estudo da PEC nº 65, de 2012, o tema do licenciamento ambiental ganhou importância e por isso merece meditação mais aprofundada, razão pela qual, **este** artigo, também, analisará esse instrumento essencial da polícia ambiental brasileira, sob a perspectiva da legislação espanhola.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como fonte de pesquisa, material bibliográfico, com doutrina nacional especializada no tema e as notas técnicas recém editadas que comentam o conteúdo da PEC nº 65, de 2012, especialmente a Nota Técnica do Ministério Público Federal, além de bibliografia estrangeira, para a analisar o licenciamento ambiental na Espanha. O método utilizado foi o empírico, segundo o qual “perquire-se sobre as condições de eficácia das normas constitucionais e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos (...)”, segundo Peter da Silva².

1. A PEC nº 65, de 2012: a inserção do desvalor do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado no Direito Brasileiro

A PEC nº 65, de 2012, que "acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) para assegurar a continuidade de

2 PETER DA SILVA, Christiane de Oliveira. A pesquisa científica na graduação em Direito. **Universitas Jus**: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília: ano. 06, n.11, p. 25-43, dez. 2004, p. 7. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisagraduacaochristinepeter.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2016.

obra pública após a concessão da licença ambiental", foi recentemente aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal e encaminhada para deliberação do Plenário da Casa. Porém, ela retornou à CCJ, pois houve aceitação de um Requerimento para tramitar em conjunto com a PEC nº 153, de 2015³.

A PEC nº 65/2012 recebeu a seguinte redação original⁴:

Artigo 1º O artigo 225 da Constituição passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º.

Artigo 225. (...)

§7º A apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente. (NR)

Em 27 de abril de 2016, data da primeira deliberação na CCJ, a PEC nº 65, de 2012, tornou-se objeto de inúmeras críticas e ganhou repercussão nacional. Houve manifestação do Ministério Público Federal⁵ através de Nota Técnica, do Grupo de Trabalho Intercameral (4ª Câmara de Coordenação e Revisão; 6ª Câmara de Coordenação e Revisão e Procuradoria Federal do Direitos do Cidadão) datada de 3 de maio de 2016, com fundamentos robustos, pela inconstitucionalidade da proposta.

O pronunciamento do MPF, contido na citada Nota Técnica, trata de aspectos de constitucionalidade da PEC, e preconiza:

3 Altera o artigo 225 da CF/88 para incluir, entre as incumbências do poder público, a promoção de práticas e a adoção de critérios de sustentabilidade em seus planos, programas, projetos e processos de trabalho. (Disponível em: <file:///C:/Users/AngelaCassia/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-48558%20(1).pdf>. Acesso em: 17 jul. 2016.

4 SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012. Acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

5 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica - A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-pec-65-2012/>>. Acesso em: 16 maio 2016.

- i. o cabimento irrefutável de controle jurisdicional da atuação do constituinte derivado;
- ii. a ofensa às cláusulas pétreas da CF/88, em especial a separação de poderes, direitos e garantias fundamentais;
- iii. o enquadramento do direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado como direito humano, com fundamento no princípio da solidariedade;
- iv. fulminar a estrutura técnico-jurídica em que se fundamenta o devido processo de licenciamento ambiental, porque o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) não substitui o regime das licenças ambientais;
- v. violar os princípios constitucionais da participação popular, da informação e da precaução;
- vi. ofender o postulado da separação dos poderes e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no artigo 5º, XXXV, da CF/88.

No mesmo sentido, o Instituto “O Direito por um Planeta Verde” lançou uma nota de repúdio à PEC nº 65, de 2012,⁶ cujo conteúdo registra que a inconstitucionalidade é fundamentada na flagrante relativização do licenciamento ambiental e do próprio Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA), prerrogativas do poder público em suas atividades de controle ambiental. A proposta da PEC, segundo a nota, “fere diretamente a Administração Pública e a moralidade pública”, e envilece a cláusula pétrea contida no núcleo do artigo 225, da CF/88. Ademais, viola o princípio da vedação do retrocesso socioambiental, “pois atinge o mínimo essencial de proteção que abarca a gestão antecipatória, precaucional e prudente de riscos e impactos ambientais”. Ainda, refreia o acesso à Justiça, afrontando o princípio do devido processo legal.

Importante salientar que a PEC visa a autorizar o início da execução de obras, desrespeitando-se, por completo, o procedimento do licenciamento ambiental. A sociedade civil organizada, o Ministério Público e a coletividade em geral, após

6 Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/noticia/instituto/2904/planeta-verde-lanca-carta-de-repudio-a-pec652012>>. Acesso em: 16 maio 2016.

a notícia da aprovação da PEC, pela CCJ do Senado Federal, repreenderam, enfaticamente, a proposição da PEC, conforme notas técnicas acima mencionadas, o que acabou por resultar na apresentação de novo parecer, por parte da CCJ.

Apesar da apresentação de novo parecer, as controvérsias acerca do licenciamento ambiental, no Brasil, reacendeu nos últimos meses, a ponto de inúmeros projetos de lei visarem a regulação da matéria, inclusive desconstruindo a sua finalidade principal, que é a proteção ambiental⁷.

Inicialmente, é preciso esclarecer que, apesar de a ementa da PEC nº 65/2012 informar que “acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição para assegurar a continuidade de obras públicas, após a concessão da licença ambiental”, a redação de seu conteúdo é controverso a ementa, ao pretender incluir o dispositivo constitucional, cuja redação é a seguinte: “A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra que não poderá ser suspensa ou cancelada, pelas mesmas razões, a não ser em face de fato superveniente.” A primeira afirmação que sobressai do texto é a de que a proposta objetiva assegurar a execução da obra mediante a apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Essa previsão colide, frontalmente, com o disposto no *caput* e no inciso IV do § 1º do artigo 225 da CF/88, que se estabelece como condição para a execução da obra pretendida a elemental apresentação do EIA, prescindindo de qualquer apreciação pelos órgãos competentes.

Por sua vez, o artigo 225 da CR/88 institui, no *caput*, o direito a todos ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, considerado bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida. Tal direito, embora não inserido no rol do artigo 5º da CF/88, é consagrado como direito fundamental pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e se insere no rol de direitos humanos. Nesse mesmo sentido, a doutrina, endossada por Paulo Affonso Leme Machado⁸, considera que o Direito Ambiental como direito fundamental resulta da necessidade de ser repensada a condição do indivíduo e do Estado, além de a condição dos direitos humanos transcender a individualidade, passando a ser tarefa do Estado.

Ainda sobre o EIA, a CR/88 determina, no inciso IV do § 1º artigo 225, que esta modalidade de avaliação de impacto será exigida para obras ou atividades causadoras de *significativa degradação do meio ambiente*, não se confundindo com

7 Vide, a exemplo, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 654, de 2015.

8 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 321.

o licenciamento, pois é considerado um dos instrumentos de avaliação de impacto ambiental que pode ser exigido no processo do licenciamento ambiental⁹.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), no Brasil, estabeleceu como instrumentos, dessa política, a avaliação de impactos ambientais, o licenciamento e a revisão de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras (incisos III e IV do seu artigo 9º). Tanto o EIA, como um dos instrumentos de avaliação de impacto ambiental, quanto o licenciamento, instrumento de planejamento ambiental, foram regulamentados pelas Resoluções nºs 1, de 23 de janeiro de 1986, e 237, de 19 de dezembro de 1997, respectivamente. Além disso, o artigo 10 da PNMA, condiciona a execução da obra à concessão de licença ambiental.

O EIA, por sua vez, é submetido a verificação do órgão ambiental, exigido no licenciamento de atividades com significativo potencial poluidor. Dado seu caráter preventivo, deve ser elaborado antes do licenciamento da obra ou atividade, de modo a subsidiar e orientar os gestores públicos na tomada de decisão, conforme preveem os incisos I e II do artigo 10 da Resolução Conama nº 237, de 1997. Esse estudo objetiva antever não só os riscos e os impactos ambientais negativos a serem prevenidos, corrigidos ou minimizados, como também, apresentar alternativas locacionais e tecnológicas ao empreendimento, ou, no limite – no caso de altos custos sociais e ambientais envolvidos – recomendar a sua não realização.

Vale ressaltar que a elaboração do EIA, pelo interessado, não é garantia de que a obra ou a atividade poderá ser instalada ou iniciada, e nem poderia ser diferente, dado o caráter preventivo do instrumento. E, no caso de deferimento da implantação do projeto, ou seja, da concessão da licença, deve ser assegurada a adoção das medidas e das condicionantes exigidas pelo órgão licenciador, para a necessária salvaguarda ambiental. Desse modo, as medidas e condicionantes ambientais, ou seja, o controle ambiental propriamente dito, decorrem da expedição da licença ambiental e não da apresentação do EIA.

Portanto, o controle das atividades, potencialmente, poluidoras, decorrente do exercício do poder de polícia estatal, legítima e autoriza, ainda que precariamente, a construção, instalação e operação das atividades poluidoras. As obras e empreendimentos públicos, também, estão sujeitos ao licenciamento

9 FARIAS, Talden. Da licença ambiental e sua natureza jurídica. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº9, p.3-5, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-TALDEN%20FARIAS.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

ambiental. Todavia, a doutrina questiona a ocorrência do autolicenciamento de obras públicas, ao violarem os princípios da moralidade e impessoalidade. Para Daniel Roberto Fink¹⁰, o autolicenciamento, que é a prática de o ente federativo, responsável pelo empreendimento, realizar o próprio licenciamento, é perigoso, eis que é sujeito a interferências, além de restar desacreditado e falhar como mecanismo de controle.

Posto isso, a PEC, ora analisada, além de ir na contramão dos movimentos mundiais de contenção, prevenção de riscos e danos ambientais, é, de fato, antijurídica ao não admitir que condiciona a autorização para a execução da obra pretendida, tão-só à apresentação de um Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Propõe-se, destarte, a total ausência de controle pelo Poder Público, do empreendimento causador de impacto ambiental.

Portanto, caso fosse aprovada pelo Senado – e isso chegou a ser aventado, mas a opinião pública teve uma forte participação para frear essa tendência - e posterior sanção pela Presidência da República, significaria o desmonte da legislação que regra o licenciamento ambiental de obras ou atividades que possam causar significativa degradação ambiental e, por consequência, poria em risco o direito intergeracional ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida e mandamento constitucional¹¹.

No entanto, como dito, em razão de inexistir uma lei federal que regre o procedimento do licenciamento ambiental no Brasil, mas apenas normas infralegais, como é o caso da Resolução Conama nº 237, de 1997, discute-se, primeiramente, a necessidade de uma lei que detalhe o procedimento do licenciamento, uma vez que a sua previsão legal já está garantida no art. 9º da Lei nº6.938, de 1981.

Apesar de o Brasil ter recentemente editado a Lei Complementar nº 140, de 2011¹², que regulamenta o parágrafo único do artigo 23 da CR/88¹³ e disciplina

10 FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 57.

11 Segundo SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 56, não se trata de um bem de domínio público, mas de interesse público, independentemente de sua dominialidade.

12 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2016.

13 Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

as competências dos entes federados, para a realização do licenciamento ambiental, há inúmeros gargalos que tornaram o licenciamento ambiental um instrumento objeto de muitas críticas, por atrasar a realização de grandes obras de infraestrutura do País. A ausência de um marco legal que defina o procedimento do licenciamento ambiental é identificada como um dos problemas, em meio a tantos outros, como a judicialização constante, a falta de técnicos suficientes nos órgãos ambientais, a necessária anuência de outros órgãos como a Funai e o IPHAN¹⁴.

Muitas propostas partem de uma ideia de licenciamento ambiental, em uma única etapa, para que ocorra de forma mais célere. A propósito, e expondo as razões da inadequação do licenciamento único, Machado¹⁵ aponta que existe “a valorização da rapidez em empreender-se no País, valorizando somente a geração presente, obedecendo ao ‘capitalismo voraz’ e não levando em conta o ‘capitalismo equilibrado’”.

Não fosse isso suficiente, atinge-se o âmago do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, alije-se os princípios da prevenção e da precaução, por não exigir o devido licenciamento ambiental, em etapas sucessivas de análise do impacto dos empreendimentos, potencialmente poluidores. E assim, como outras questões sensíveis, cuja tentativa de alteração constitucional ou legislativa desvirtua princípios que dizem respeito a direitos fundamentais, a possibilidade de judicialização é outra consequência concreta.

Outra problemática da PEC nº 65, de 2012, e dos debates envolvendo o licenciamento ambiental é a contradição ao poder-dever, instituído pelo legislador constituinte, da atuação do Poder Público na proteção ao meio ambiente, conforme estabelece o artigo 23, VI e VII, da CF/88, que foram regulamentados pela Lei Complementar nº 140, de 2011. Com efeito, ao definir que uma simples apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental autoriza a execução da obra e dispensa a aprovação pelas instâncias estatais competentes, está elidindo todo o sistema jurídico administrativo que rege a atuação da Administração Pública, bem como, como as competências específicas na matéria.

14 A respeito deste tema, vide HOFFMANN, Rose, **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2015_1868_licenciamentoambiental_rose-hofmann>. Acesso em: 14 jul. 2016.

15 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 322.

2. As inconsistências constitucionais materiais da PEC nº 65, de 2012, e os mandamentos constitucionais em matéria ambiental

Em decorrência dessas evidentes inconstitucionalidades de cunho procedimental, a PEC, em crivo, nos termos como se encontra redigida, incorre em inconstitucionalidade material, por ofensa ao direito fundamental da cidadania a um meio ambiente, ecologicamente, equilibrado. Além dos vícios de constitucionalidade, alguns questionamentos realizados embasam-se na contradição em sua redação. De fato, possui ementa com conteúdo distinto do dispositivo que se pretende acrescentar.

Com efeito, da ementa extrai-se que o acréscimo do § 7º ao artigo 225 visa a assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Ocorre que o conteúdo do dispositivo é discrepante com a ementa, ao condicionar o prosseguimento de *qualquer* obra à apresentação, apenas, do EIA.

Não obstante, a parte final do parágrafo: “[a obra] não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”¹⁶ revela imprecisão jurídica e conduz à interpretação – saliente-se, desde logo, incorreta e reducionista - de que haveria subtração da possibilidade de revisão, pelo Poder Público, em caso de ilegalidade, desconsiderando o princípio da autotutela. Por igual, estaria, ainda, violando os princípios da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça de direito, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88.

Por fim, vislumbrar obstáculos ao questionamento de vícios ou falhas no licenciamento ambiental ou na apresentação do EIA, por meio de medidas administrativas e judiciais, elide o direito constitucional ao acesso à justiça e as atribuições constitucionais de órgãos, como o Ministério Público, de ajuizarem ações civis públicas para a proteção de um direito difuso da sociedade, conforme bem fundamentado na Nota Técnica no MPF e na Nota de Repúdio do Planeta Verde, acima mencionadas.

Com base na tramitação urgente da PEC nº 65, de 2012, e na aprovação, sorrateira, pela CCJ do Senado, do parecer, constata-se que há interesses

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

econômicos e políticos de significativa monta que permeiam o regramento do licenciamento ambiental. O País caminha para uma alteração legislativa próxima, com possíveis retrocessos e arguições de inconstitucionalidade futuras. O Ministro de Meio Ambiente, José Sarney Filho, parece ter se apercebido de que o tema é urgente, com a divulgação de que o Ministério estuda a apresentação de um novo marco legal, geral, do licenciamento ambiental, para o Brasil. Por ora, o lado positivo é o de que o Executivo está dialogando com os agentes interessados¹⁷.

3. O tratamento do licenciamento ambiental e os institutos correlatos no Direito Espanhol

A Constituição espanhola de 1978, a exemplo da brasileira, prevê no seu artigo 45, que¹⁸:

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva¹⁹.

Observa-se que o texto constitucional espanhol coloca à salvaguarda, o meio ambiente adequado, impõe o dever aos Poder Público, de promover e tutelar o meio ambiente, e ainda consagra o princípio da solidariedade, adotando os mesmos princípios do Direito Ambiental da Constituição Brasileira, estabelecidos no seu artigo 225. No plano infraconstitucional, a Ley de Evaluación Ambiental (LEA) nº 21, de 2013, a par de incorporação de Convenções Internacionais,

17 Segundo informações do site do Ministério do Meio Ambiente: Disponível em <<http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=1687>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

18 ESPANHA. Constituição de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

19 A mesma previsão constitucional no idioma catalão: "*Articla 45. 1. Tothom té dret a disposar d'un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona, i el deure de conservar-lo. 2. Els poders públics vetllaran per la utilització racional de tots els recursos naturals, a fi de protegir i millorar la qualitat de la vida i defensar i restaurar al medi ambient, amb el suport de la indispensable solidaritat col·lectiva.*"

e de colaboração, das quais a Espanha é signatária, e normativas vigentes na União Europeia²⁰ prevê, nos artigos 1 e 2, o instrumento de “evaluación ambiental” que deve integrar os planos, programas e projetos estratégicos que sejam, potencialmente, impactantes para o meio ambiente, visando garantir a proteção ambiental, em harmonia com o desenvolvimento sustentável.

Na Exposição de Motivos da LEA consta, expressamente, que a avaliação ambiental (evaluación ambiental) inclui a *evaluación ambiental estratégica* e a *evaluación de impacto ambiental* e são considerados procedimentos instrumentais, e que em ambas são previstas as espécies simplificada e ordinária. Logo, por via legislativa, fica assentada a natureza procedimental desses instrumentos.

A declaração ambiental estratégica, decisão administrativa proferida ao final do procedimento e que habilita a realização da obra ou do empreendimento, consiste no “pronunciamento del órgano ambiental que, ”tiene la naturaleza jurídica de un informe preceptivo y determinante”.

Após tramitar por todos os órgãos competentes e instâncias, que analisam as peculiaridades dos projetos, no que tange às consequências e interferências a serem provocados no meio ambiente, com a rigidez que a lei exige, tomam-se decisões quanto ao estudo de impacto ambiental e até mesmo que seja considerada a ‘alternativa zero’ (ou de não realização do projeto)”, constante do artigo 35.2.a, da LEA, conforme ressalta URETA²¹.

No Brasil, a legislação trata somente da necessária avaliação de impacto ambiental, que poderá ocorrer atendendo a um dos estudos ambientais regulamentados pelo órgão ambiental licenciador. A Resolução Conama nº 237, de 2007, define, no inciso III do artigo 1º estudos ambientais, como²²:

20 No Preâmbulo da Lei consta que “En el ámbito internacional, mediante el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente, en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, conocido como Convenio de Espoo y ratificado por nuestro país el 1 de septiembre de 1992 y su Protocolo sobre evaluación ambiental estratégica, ratificado el 24 de junio de 2009. En el derecho comunitario, por la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, y por la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que la presente ley transpone al ordenamiento interno”. (Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/11/pdfs/BOE-A-2013-12913.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016).

21 URETA, Agustín García. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 194, p.317-371, mayo/ago. 2014, p. 346.

22 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

[...] todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Nota-se que o sistema espanhol contém legislação acerca da avaliação ambiental estratégica, sendo essa uma das lacunas da legislação brasileira. Segundo Rose Hoffmann²³, ao citar estudo publicado pela Harvard²⁴ sobre o licenciamento ambiental no Brasil,

Na Administração Pública brasileira, os impactos ambientais provocados pelo empreendimento são aferidos e levados em consideração, com a profundidade devida, em momento posterior ao planejamento de ações, à realização de estudos específicos e mesmo à formulação dos projetos básicos. Não há planejamento ambiental, e o meio ambiente é frequentemente visto como mais uma das etapas no árduo e longo caminho para se concretizar um empreendimento de infraestrutura. Não existe no país um foro, em nível nacional, que debata e defina as prioridades de investimento em infraestrutura e de preservação ambiental. Na prática, os ministérios travam embate dentro do governo, no Congresso e na mídia, para fazer valer, em cada caso e pontualmente, suas prioridades. A avaliação ambiental estratégica é um mecanismo que insere a variável ambiental precisamente no momento de planejamento de políticas de construção de infraestrutura. A sua adoção por um país ou por uma instituição decisória denota maturidade política, na medida em que é um passo essencial para o desenvolvimento sustentável. Isso requer, todavia, leve alteração nos processos de tomada de decisão do Poder Executivo.

Na Espanha, o atendimento de todos os requisitos legais e técnicos se consubstancia no fato de que os órgãos responsáveis pela emissão da declaração

23 HOFFMANN, Rose. **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2015_1868_licenciamentoambiental_rose-hofmann>. Acesso em: 14 jul. 2016.

24 THE WORK OF ROBERTO MANGABEIRA UNGER. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016.

ambiental se encontram na condição de garantidos da qualidade necessária que a avaliação ambiental deve ter, e que é densificada pelas consultas públicas e informações fornecidas, pelos entes atingidos pelos projetos e plano.

Pródiga em detalhes, a regulamentação legal do tema, materializada na Ley 21, de 2013, busca a segurança, a confiabilidade e a diminuição dos riscos e impactos ao meio ambiente, e se vale dos melhores e mais amplos conhecimentos científicos que, como alude URETA²⁵, “*no es un desiderátum, sino un requisito jurídicamente exigible*”.

Adverte-se, ainda, sem exame de pormenores, que a existência de uma lei geral e de instrumentos de planejamento ambiental territorial são efetivos para a garantia da segurança jurídica e maior efetividade da proteção ambiental.

Conclusão

Os diagnóstico da tramitação e do conteúdo da PEC nº 65, de 2012, que propõe alterações negativas à promoção da garantia do direito ambiental brasileiro, levam inevitavelmente a reflexão sobre as causas que levam o Congresso Nacional brasileiro a propor e aprovar propostas que alteram, substancialmente, o procedimento do licenciamento ambiental no Brasil.

De todos os argumentos possíveis, o primeiro deles é o de que o licenciamento ambiental, apesar de ser um dos principais instrumentos da política ambiental brasileira, amparado por princípios constitucionais, possui omissões e falhas, dentre os quais, a ausência de um marco geral que o regulamente. Nesse exato momento, o Brasil, ávido por enfrentar a crise econômica e política, e esperançoso em avançar grandes obras de infraestrutura, depara-se com a necessidade de rediscutir o licenciamento ambiental, muitas vezes moroso e considerado um dos entraves ao desenvolvimento social e econômico.

Não há, no momento, sinais de que o Congresso Nacional aprecie e vote, em breve, tanto da PEC nº 65, de 2012, quanto outros projetos de lei que tramitam ou que ainda podem vir a ser apresentados pelo Poder Executivo, como anunciado pelo Ministro de Meio Ambiente.

Por tais razões, este estudo e a aferição da realidade de outros países, como a Espanha, conduzem a certeza de que a normatização do procedimento

25 URETA, Agustín García. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 194, p.317-371, mayo/ago. 2014, p. 350.

gera segurança jurídica e evita a judicialização da matéria, além de se obter, na experiência comparada, instrumentos de planejamento territorial ambiental, como a avaliação ambiental estratégica, que podem ser utilizados e implementados pelo Brasil.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

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>. Acesso em: 14 jul. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2016.

ESPANHA. Constituição de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

ESPANHA. Jefatura Del Estado. **Boletín Oficial del Estado**, nº296, 2013. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/11/pdfs/BOE-A-2013-12913.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

FARIAS, Talden. Da licença ambiental e sua natureza jurídica. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº9, p.3-5, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-TALDEN%20FARIAS.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOFFMANN, Rose. **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/>

estnottec/areas-da-conle/tema14/2015_1868_licenciamentoambiental_rose-hofmann>. Acesso em: 14 jul. 2016.

INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE. **Planeta Verde lança carta de repúdio à PEC65/2012**. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/noticia/instituto/2904/planeta-verde-lanca-carta-de-repudio-a-pec652012>>. Acesso em: 16 maio 2016.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **MMA e agricultura discutem licenciamento**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=1687>> Acesso em: 15 jul. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica - A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-pec-65-2012/>>. Acesso em: 16 maio 2016.

PARAGUASSU, Lisandra. Temer defende mudança em regras de venda de terra a estrangeiros e de licenciamento ambiental. **Jornal O Globo**, 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/temer-defende-mudanca-em-regras-de-venda-de-terra-estrangeiros-de-licenciamento-ambiental-19694681.html>>. Acesso em: 14 julho 2016.

PETER DA SILVA, Christiane de Oliveira. A pesquisa científica na graduação em Direito. **Universitas Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília**. Brasília: ano. 06, n.11, p. 25-43, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisagradauacaochristinepeter.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2016.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 654, de 2015. Dispõe sobre o procedimento de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos e de interesse nacional. Disponível

em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012. Acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

THE WORK OF ROBERTO MANGABEIRA UNGER. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016.

URETA, Agustín García. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 194, p.317-371, mayo/ago. 2014.

URIBE, Gustavo. Temer garante retomar demarcações indígenas e licenciamento ambiental. **Folha de S. Paulo**, 14 jul. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1790940-temer-garante-retomar-demarcacoes-indigenas-e-licenciamento-ambiental.shtml>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

Exploração dos hidrocarbonetos não convencionais sob a perspectiva das mudanças climáticas

Exploration of non-conventional hydrocarbons under the perspective of climate change

Alexandre Ricardo Machado

Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado

Resumo: A produção energética, a partir dos hidrocarbonetos não convencionais¹, popularmente denominados gás e petróleo de xisto, está crescendo, exponencialmente, sobretudo, nos Estados Unidos e Canadá, e há previsão de em breve, o mesmo acontecer em diversos outros países, inclusive no Brasil. Além disso, é possível a liquefação para comércio internacional, via gasodutos ou transporte de barris. Em virtude de seu baixo custo (no momento), o gás natural decorrente dessa exploração está mais competitivo que o petróleo e o carvão, o que sob a perspectiva de curto prazo, é positivo, pois, o gás natural é menos poluente, porque tem menor potencial de emissão de gases de efeito estufa do que os demais hidrocarbonetos. Por outro lado, esse barateamento gera perda de competitividade para as fontes renováveis de energia, o que no longo prazo atrasa, ainda mais, a mudança de paradigma energético, perpetuando a dependência dos hidrocarbonetos, cuja queima é a principal fonte antrópica

1 Essa é a nomenclatura mais apropriada para designar os hidrocarbonetos explorados pelo fraturamento hidráulico, porém, o termo “gás de xisto” é o mais popularizado e, por isso, foi também adotado neste texto. O Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015 estabelece da seguinte forma: “Art. 2º Para os fins deste Decreto, adotam-se as seguintes definições: (...) XXIX - recurso não convencional de petróleo e gás natural - recurso cuja produção não atinge taxas de fluxo econômico viável ou que não produzem volumes econômicos de petróleo e gás sem a ajuda de tratamentos de estimulação maciça ou de tecnologias e processos especiais de recuperação, como as areias betuminosas – *oilsands*, o gás e o óleo de folhelho - *shale-gas* e *shale-oil*, o metano em camadas de carvão - *coalbed methane*, os hidratos de metano e os arenitos de baixa permeabilidade – *tightsandstones*”.

das mudanças climáticas. A pesquisa técnica que suporta este artigo indica de igual forma, a política energética comum e a bacia do Atlântico. A metodologia adotada é a dialética, lastreada na busca de solução que o direito possa oferecer diante de uma situação em que há diversos conflitos de interesses. As técnicas de delineamento serão a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Gás de xisto. Hidrocarbonetos não convencionais. Mudanças climáticas.

Abstract: Energy production from unconventional hydrocarbons, popularly called gas and shale oil, is growing exponentially, especially in the United States and Canada, and it is expected to happen soon in many other countries, including Brazil. In addition, liquefaction for international trade via gas pipelines or carriage of barrels is possible. Due to its low cost (at the moment), natural gas resulting from this exploration is more competitive than oil and coal, which from a short-term perspective is positive because natural gas is less polluting, since it has less potential of Emission of greenhouse gases than other hydrocarbons. On the other hand, this cheapening generates a loss of competitiveness for renewable energy sources, which in the long run further delays the energy paradigm change, perpetuating dependence on hydrocarbons, whose burning is the main anthropogenic source of climate change. The technical research that supports this article indicates equally, the common energy policy and the Atlantic basin. The methodology adopted is the dialectic, based on the search for a solution that the law can offer in the face of a situation in which there are several conflicts of interests. The techniques of design will be the bibliographical and documentary research.

Keywords: Shale gas. Unconventional hydrocarbons. Climate change.

Introdução²

O uso de rochas betuminosas para extrair nafta, óleo combustível, gás liquefeito, óleo diesel e gasolina, não é novidade. A novidade é o EUA e o

2 O presente artigo aborda parte de pesquisa de Doutorado que está sendo realizada na linha de pesquisa Regimes Ambientais: Formação e Criação do Programa de Doutorado em Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos. O esforço investigativo aqui descrito tem sido realizado sob os auspícios do Grupo de Pesquisa Energia e Meio Ambiente, criado em 2010, sob liderança dos Doutores Maria Luiza Machado Granziera e Fernando Cardozo Fernandes Rei e dialoga com o Projeto de Desenvolvimento intitulado *Tecnología y Riesgo: La Extracción de Hidrocarburos no Convencionales Mediante el Fracking. Propuesta de Regulación Ambientalmente Sostenible*, criado em 2014, sob coordenação de German Valencia Martin e com parte da referida pesquisa realizada no Brasil pelos Professores Fernando Cardozo Rei e Rafael Costa Freiria, pesquisadores de referido projeto.

Canadá, utilizar tecnologia de fraturamento hidráulico misturando a baixo custo, água, areia e produtos químicos de várias naturezas para perfurar as camadas de xisto e extrair gás natural dos poros rochosos. Dessa forma, de acordo com a Administração de Informação de Energia dos EUA - EIA, a participação do xisto na produção total de gás natural americano passou de menos de 5%, há 10 anos, para 31% em 2016³.

Os EUA dispõem de uma quantidade significativa de recursos energéticos provenientes da exploração do xisto. Suas reservas estão em segundo lugar, perdendo apenas para a Rússia, em se tratando de óleo, e em quarto lugar, perdendo apenas para China, Argentina e Argélia, no tocante ao gás natural.⁴ Essa extensa reserva cumulada com o domínio da tecnologia necessária à exploração desses recursos (*horizontal drilling and hydraulic fracturing*) provocou queda vertiginosa dos preços do gás natural e, conseqüentemente, rápido crescimento da produção industrial intensiva em energia, como a indústria química e de metais, que voltaram a procurar os EUA para se instalar. A facilidade de liquefação e, portanto, de comércio internacional dessa fonte energética pode impactar, de forma significativa, no arranjo de mercado energético no mundo e, especialmente, no Brasil, pois, a capacidade industrial instalada no país já funciona com gás natural. E a origem desse gás natural, sendo ou não do xisto, não demanda alterações do parque instalado, tendo em vista que é possível a utilização dos mesmos equipamentos de extração.

O esforço investigativo, do qual este texto é parte, teve início com publicação em formato jornalístico na Revista Ambiente Legal⁵. Nessa oportunidade, Nathan Hultman, da Universidade de Maryland, nos Estados Unidos, ponderou que o gás natural vai ter impacto, mas não vai inviabilizar o mercado para os combustíveis limpos. Ele citou exemplos como:

- i. as novas usinas de energia americanas já se submetem a limites de emissão, porque o CO₂ é considerado um poluente;

3 EIA. Energy Information Administration. **Most natural gas production growth is expected to come from shale gas and tight oil plays**. June 07, 2016. Disponível em: <<https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=26552>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

4 Energy Information Administration. **Shale oil and shale gas resources are globally abundant**. June 10, 2016b. Disponível em: <<http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=11611>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

5 Gás de xisto ameaça renováveis. Fonte de energia do momento derruba o preço do 'velho carbono', afirma especialista. Revista Ambiente Legal, AICA, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.ambientelegal.com.br/gas-de-xisto-ameaca-renovaveis/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

- ii. há um teto de emissões aplicável ao transporte veicular e,
- iii. o *State Renewable Portfolio Standards* já obriga a observância de uma percentagem mínima de fontes renováveis na energia elétrica, em 30 dos 50 estados americanos.

Inclusive, segundo o especialista, caberia, para esse tipo de exploração, não convencional de gás natural, se submeter a padrões técnicos e mecanismos de monitoramento muito mais cautelosos, mas, por uma questão política, em 2005, por meio da Lei das Exceções⁶, o então presidente George Bush, priorizando o objetivo dos EUA em se tornar, energeticamente, independente, isentou as empresas produtoras de gás não convencional, da obrigação de atender aos dispositivos ambientais, inclusive os previstos no *Clean Water Act*⁷, a lei americana de proteção aos recursos hídricos.

Esse ato político possibilitou, juridicamente, a desenfreada implementação de diversos campos de extração de gás não convencional, nos EUA, favorecendo corporações do setor de óleo/gás. Porém, com diversos efeitos deletérios, no âmbito social, econômico e ambiental, conforme pode ser verificado do documentário *Gasland* (FOX, 2010 e 2013)⁸ e em inúmeras violações, conforme constatou o *National Resources Defense Council* e o *FracTracker Alliance* em estudo, que investigou as operações de fraturamento hidráulico para monitorar, não só, os casos de efeitos deletérios, como também, a falta de publicidade e a necessidade de regulação mais efetiva⁹.

6 Ato legal emanado do executivo americano com o objetivo de isentar a indústria de fraturamento hidráulico de muitas regulações ambientais entre elas o *Safe Drinking Water Act*; o *Resource Conservation and Recovery Act*; o *Emergency Planning and Community Right-To-Know Act*; o *Clean Water Act*; o *Clean Air Act*; o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*; e o *National Environmental Policy Act*. (BRADY, 2011, p. 3-4).

7 O *Clean Water Act* proíbe, nos Estados Unidos, as atividades que envolvam impactos em aquíferos que servem para abastecimento humano.

8 Documentário dirigido por *Josh Fox* em 2010 e 2013 que aborda o dilema enfrentado pelos proprietários rurais que se veem diante da oferta lucrativa de ceder o uso de suas terras para as empresas de energia e o inesperado impacto ambiental danoso que essa atividade passa a representar em suas vidas, evidenciando uma política governamental que prioriza o capital em detrimento da qualidade de vida das pessoas. FOX, Josh. E.U.A. *Gasland II*. Filme. 2010. Disponível em <<http://www.youtube.com>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

9 NDRC & FTA, National Resources Defense Council & FracTracker Alliance. **Fracking's Most Wanted: Lifting the Veil on Oil and Gas Company Spills and Violations**. Abril 2015. Disponível em: <<http://www.nrdc.org/land/drilling/files/fracking-company-violations-IP.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

O governo Obama impôs restrições nas operações de "fracking" de petróleo e gás, em terras públicas federais, visando diminuir o risco de contaminação da água, no final de março de 2015. Como as regras do Departamento do Interior aplicam-se apenas a exploração, em terras federais, cerca de três quartos ficam de fora da regulamentação, que mesmo assim, tem atraído forte oposição de grupos da indústria que dizem que as novas exigências vão elevar os custos de produção em todos os poços.

Atualmente, apenas EUA, Canadá e China¹⁰ exploram, comercialmente, o gás de xisto, apesar da Rússia, China e o próprio Brasil possuírem grandes reservas do recurso. Para o vice-diretor do Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo (USP), Colombo Celso Gaeta Tassinari, em entrevista concedida na revista acima referida, "o potencial brasileiro seria superior a 6,4 trilhões de metros cúbicos, ou seja, entre as 10 maiores reservas do mundo". Para ele, quando esses recursos forem explorados, as indústrias que utilizam gás natural em sua produção serão beneficiadas com a queda do custo do combustível e terão aumento de competitividade. Essa informação é relevante, na medida em que aponta, se for verídico, para uma verdadeira revolução na matriz energética contemporânea, porém, com graves custos ambientais que, se não forem internalizados pelos exploradores, deixará uma marca deletéria, nessa nova dimensão energética.

Ainda é difícil avaliar os riscos que o gás de xisto representa, conclui Luis Roberto Pogetti, presidente do Conselho de Administração da Copersucar, maior produtora de açúcar e etanol do mundo. "Sem dúvida há um novo panorama, mas ainda haverá muitas discussões ambientais e sobre a viabilidade da manutenção dos preços baixos no longo prazo" (informação verbal)¹¹. Ademais, para ele, o fato de não ser energia limpa, deve tirá-lo de uma necessária agenda de futuro, que reconheça a importância estratégica de manter combustível limpo na matriz energética mundial.

1. Fraturamento Hidráulico

O método de fratura hidráulica consiste na perfuração de vários poços em uma determinada área, até as camadas dos folhelhos das rochas betuminosas,

10 Dados levantados pela EIA. Disponível em: <<http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=19991>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

11 Análise feita por Luis Roberto Pogetti, no *Ethanol Summit 2013*, em São Paulo / SP.

normalmente encontradas em grandes profundidades, como as superiores a dois mil metros. Para a perfuração e fraturamento são utilizadas injeções, sob altas pressões, de uma mistura de água, areia e um coquetel de produtos químicos, nem sempre conhecidos, pois, a solução de fraturamento é protegida por patente em nome de cada indústria que atua nesse mercado. A solução de fraturamento precisa depois ser bombeada para fora da rocha, para receber o devido tratamento ou disposição final, adequada.

Com a abertura dos poços e o fraturamento da rocha, os gases presentes nas porosidades dos folhelhos (metano, propano, nitrogênio, dióxido de carbono, entre outros) e óleo bruto são liberados para a superfície, sendo cada poço, normalmente, conectado a uma usina para pré-refino e a um gasoduto para transmissão desse gás, para uma refinaria de grande porte. Esse conjunto de poços é denominado campo de extração de gás não-convencional por fraturamento hidráulico, o qual tende a ter, em média, um prazo, economicamente, útil de 2 a 3 anos.

Depois desse prazo, o gás remanescente que não apresenta viabilidade econômica para captação, normalmente é queimado no próprio local¹², até que haja condições para o selamento do poço com concreto. Isso pode acontecer após um longo período, como em até uma década, depois de finalizada a exploração econômica do gás, em um determinado local, por exemplo. Mas, caso não seja feita essa migração, de forma planejada e monitorada, pode durante todo esse período causar impactos socioambientais negativos.

Durante a sondagem e perfuração dos poços, devido a sua grande profundidade, há a necessidade de uso de um volume muito grande de recursos hídricos e químicos. A técnica é semelhante a extração de petróleo no pré-sal, com a diferença que no mar a água é abundante, e no continente, muitas vezes esse recurso tem de ser levado até o campo de extração por caminhões pipas, o que contribui para a emissão de gases de efeito estufa. Os fluidos de perfuração correspondem a um coquetel químico variável, de acordo com a empresa que realiza a prospecção. Alguns produtos químicos são, comprovadamente, lesivos à saúde humana, sendo, inclusive, cancerígenos. Assim, se essa composição

12 FOX, Josh. E.U.A. *Gasland II*. Filme. 2010. Disponível em <<http://www.youtube.com>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

química vazar para fora do duto de perfuração pode contaminar o solo e as águas subterrâneas dos aquíferos, comprometendo o consumo humano¹³.

Depois de perfurado o poço e instalados os dutos, é feita uma injeção de solução de fraturamento para dissolver as rochas betuminosas. Da mesma forma que os fluídos de perfuração, o potencial de contaminação química do solo e dos lençóis freáticos é muito grande, haja vista a variedade de produtos químicos e orgânicos, considerados tóxicos à saúde, que precisa ser utilizada. A técnica e a regulamentação utilizadas, até o momento, para prevenir que haja vazamentos, ainda não se mostram, suficientemente, seguras¹⁴. Além disso, a estimativa do risco é de grande complexidade, uma vez que depende do alcance das plumas de gás ou fluido que vazaram, das concentrações de substâncias tóxicas, da proximidade com poços artesianos e dos aspectos geo e hidrológicos da área.

De qualquer forma, de todo o fluido injetado, apenas em torno de 50% consegue ser bombeado de volta para receber o devido tratamento ou disposição final, ambientalmente, adequada. A solução que consegue ser recuperada fica, temporariamente, estocada em piscinas de acumulação, sobre as quais ainda não há uma regulamentação padronizada para evitar infiltrações e transbordamentos, principalmente nos períodos chuvosos, em que essas bacias de contenção temporária, ficam suscetíveis a contaminar o solo e a água, em virtude de possíveis vazamentos. O próprio transporte desses resíduos perigosos, também, representa um risco intrínseco, pois, mesmo havendo um conjunto de normas técnicas e regulamentação específicas para transporte de substâncias perigosas, ainda há possibilidade de acidentes nas rodovias, nas estações de tratamento de efluentes ou na disposição final, em incineradores ou aterros sanitários, e em tanques selados.

Além disso, cada poço de fraturamento hidráulico possui uma usina para pré-refino, na qual o gás retirado do poço é submetido a altas temperaturas para reduzir a umidade e os teores de compostos orgânicos voláteis que estavam condensados junto com o gás liberado das rochas betuminosas. Esses resíduos

13 CHPNY, Concerned Health Professionals of New York. **Compendium of scientific, medical, and media findings demonstrating risks and harms of fracking** (unconventional gas and oil extraction) December 11, 2014. Disponível em: <<http://concernedhealthny.org/wp-content/uploads/2014/07/CHPNY-Fracking-Compendium.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

14 NDRC & FTA, National Resources Defense Council & FracTracker Alliance. **Fracking's Most Wanted: Lifting the Veil on Oil and Gas Company Spills and Violations**. April 2015. Disponível em: <<http://www.nrdc.org/land/drilling/files/fracking-company-violations-IP.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

formam um condensado de gás que precisa ser armazenado em tanques próprios ou ser queimados nas estações finais de refino. Se vazarem para a atmosfera, para o solo ou para a água geram contaminação poluindo os aquíferos com metano, propano, óxido de carbono e outros gases comprometendo a saúde humana e a qualidade dos recursos, inclusive podendo tornar a água explosiva, comprometendo a segurança dos dutos dos sistemas de abastecimento humano. A qualidade do ar, também, pode ficar comprometida em virtude da alta densidade de gases e compostos voláteis, nas regiões próximas aos campos de fraturamento. Essas são algumas, entre outras muitas, formas possíveis de impacto ambiental.

1.1 No Brasil

A importância do gás natural para a matriz energética brasileira tem crescido, o Ministério das Minas e Energia constata que a indústria do gás natural cresceu em 2014 de 89,64 para 100,00 milhões de m³/dia¹⁵, em virtude da demanda para as termelétricas (+21,7%) e para as indústrias (+4,7%). Com esse aumento, estão previstos maiores investimentos na infraestrutura de distribuição, principalmente, via gasodutos. Nesse sentido, foi aprovada pela Portaria MME nº 128, de 26 de março de 2014, o Plano Decenal de Expansão da Malha de Transporte Dutoviário do País – PEMAT 2022, com base em estudos de expansão realizados pela Empresa de Pesquisa Energética.

Para suprir esse aumento de demanda houve aumento da exploração nacional e intensificação das parcerias internacionais. Por exemplo, o Segundo Aditivo ao Memorando de Entendimento (do inglês MoU – *Memorandum of Understanding*) em matéria de intercâmbio de energia, com vigência até o final de 2015, celebrado entre Brasil e Argentina prevê livre trânsito de gás natural brasileiro pela malha de gasodutos da Argentina. Essa cláusula viabilizou o suprimento da usina termelétrica de Uruguaiana, localizada no Rio Grande do Sul, e possibilitou um total de geração de 322,08 GWh utilizando gás natural brasileiro¹⁶.

15 MME, Ministério de Minas e Energia. **Boletim mensal de acompanhamento da indústria de gás natural**. Edição 94. Janeiro 2015. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138769/1732803/Boletim_Gas_Natural_nr_94_jan_15+-+Completo.pdf/5955d68b-bb15-4545-9963-bf2e60d1f444>. Acesso em: 10 jun. 2016.

16 MME, Ministério de Minas e Energia. **Boletim mensal de acompanhamento da indústria de gás natural**. Edição 94. Janeiro 2015. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/>>

O fato desse gás natural provir de fontes convencionais ou não convencionais como o gás de xisto, não altera a capacidade industrial instalada. O gás natural proveniente de fontes não convencionais pode, portanto, ser transportado pelos mesmos gasodutos e serão utilizados nas mesmas máquinas que operam, atualmente, com gás proveniente de fontes convencionais.

Em virtude disso, o governo federal, através de sua agência reguladora ANP¹⁷, propôs a 12ª Rodada de Licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural, em 28 de novembro de 2013, que previu 240 blocos¹⁸ a serem outorgados ao poder privado para exploração e produção de petróleo e gás convencional e não convencional (gás de xisto), em várias áreas do país, inclusive, em algumas com incidência do aquífero Guarani. Porém, o edital não encontra respaldo na política energética brasileira até 2030, conforme registro feito por dois documentos: a Matriz Energética Nacional e o Plano Nacional de Energia 2030. Em nenhum deles havia referência ao gás não convencional. Sendo assim, não faria sentido ele ser integrado, repentinamente, a matriz energética brasileira, sem qualquer justificativa específica.

O edital desconsiderou, também, o parecer técnico elaborado pelo Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás - GTPEG n. 03, de 2013, do Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2013), cuja atribuição é justamente assessorar o setor de petróleo e gás, no tocante às

documents/1138769/1732803/Boletim_Gas_Natural_nr_94_jan_15+-+Completo.pdf/5955d68b-bb15-4545-9963-bf2e60d1f444>. Acesso em: 10 jun. 2016.

- 17 ANP. **Resolução nº 6, de 25 de junho de 2013.** Conselho Nacional de Política Energética. Autoriza a realização da Décima Segunda Rodada de Licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/resolucao_12_rodada/resolucao_12_rodada_de_licitacao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- 18 Resolução nº 6, de 2013, do Conselho Nacional de Política Energética. Autoriza a realização da Décima Segunda Rodada de Licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural. [...] **Art. 2º** Definir como objeto da Rodada a oferta de duzentos e quarenta blocos exploratórios, conforme relação constante do Anexo, totalizando 168.348,42 km² de área, assim distribuídos: **I** - cento e dez blocos exploratórios em áreas de Novas Fronteiras Tecnológicas e do Conhecimento nas Bacias do Acre, Parecis, São Francisco, Paraná e Parnaíba, com o objetivo de atrair investimentos para regiões ainda pouco conhecidas geologicamente ou com barreiras tecnológicas a serem vencidas, possibilitando o surgimento de novas bacias produtoras de gás natural e de recursos petrolíferos convencionais e não convencionais, totalizando 164.477,76 km² de área; e **II** - cento e trinta blocos nas Bacias Maduras do Recôncavo e de Sergipe-Alagoas, com o objetivo de oferecer oportunidades exploratórias nessas áreas, de modo a possibilitar a continuidade da exploração e a produção de gás natural a partir de recursos petrolíferos convencionais e não convencionais contidos nessas regiões, totalizando 3.870,66 km² de área.

medidas ambientais prévias a serem tomadas antes da concessão da outorga. O parecer recomendava um estudo mais efetivo e um envolvimento maior da população, antes da tomada de decisão pela exploração, sugerindo a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar – AAAS como instrumento para verificar os impactos e riscos ambientais envolvidos nessa atividade, para que sejam possíveis a regulamentação e o monitoramento e, com isso, uma atuação segura para o meio ambiente e para a saúde humana.

Fundamentando no princípio da precaução e nessas ilegalidades que demonstram ser precipitada a autorização da tecnologia de fraturamento nesse contexto, o Ministério Público Federal de vários estados propôs ação civil pública contra a União Federal e a ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Com essas medidas, foram asseguradas liminares que suspendem os efeitos da 12ª Rodada de licitações dos blocos para a exploração de petróleo e gás, pelo uso da técnica de fraturamento hidráulico, e que proíbem a ANP de realizar novas licitações que prevejam o uso do fraturamento hidráulico, até que sejam feitos estudos exaustivos demonstrando a viabilidade socioambiental do uso dessa técnica.

2. Mercado de Hidrocarbonetos

O mercado de hidrocarbonetos é mundial, porém são consideradas *commodities* internacionais, sujeitas a negociação em bolsa, apenas em barris de petróleo. Assim, o cálculo de gás natural comercializado, via gasoduto ou barris, fica de fora de muitas das estatísticas. Por sua vez, também ficam de fora a origem do gás natural ou do petróleo, como sendo convencionais ou não, tratando-se de comercialização.

Atualmente, o preço do petróleo tem experimentado a maior queda constante e significativa dos últimos 50 anos, principalmente, em virtude da concorrência dos hidrocarbonetos não convencionais e da desaceleração econômica, ainda, vivenciada pela maior parte dos países, desde a crise de 2008. O preço mais baixo dos hidrocarbonetos não convencionais força a manutenção do preço baixo do barril do petróleo, pela Organização dos Países Exportadores de Petróleo - OPEP e, conseqüentemente, tira a atratividade econômica de projetos, como o pré-sal brasileiro, de exploração de reservas profundas, caras e de difícil acesso. Em outras palavras, o sucesso do faturamento hidráulico

alterou, profundamente, a balança de poderes no mercado energético mundial, reavivou o mercado americano de produção energética, deslocou investimentos projetados para Ásia e América Latina, inviabilizou investimentos diretos em projetos grandiosos de hidrelétricas ou em águas profundas e tirou poder estratégico da OPEP, principalmente, de países sem estoque de capital, como a Venezuela, e de alguns grandes produtores, como Rússia e México.

Além disso, os preços baixos dos hidrocarbonetos diminuem, ainda mais, a competitividade do setor de energia renovável. A eletricidade, por exemplo, no Oriente Médio e em partes a América Latina possui potenciais fontes renováveis, como a energia solar, a eólica e a hidrelétrica. Porém, os custos de instalação são muito maiores, se comparado com o de uma termelétrica mantida a hidrocarboneto, por exemplo. O fato de combustíveis fósseis serem caros, é um dos pontos que justificam o cálculo da viabilidade econômica de instalação dessas plantas no longo prazo. Pela mesma razão, a venda de produtos mais eficientes que possibilitem menos uso de energia, também, enfrenta queda. Assim, serão necessários mais subsídios ou outras formas de incentivo para compensar essa perda de competitividade.

Em termos de mercado futuro, a BP projeta que todo o mercado de combustível fóssil será, ainda, dominante correspondendo a 81% e, que o comércio de gás vai subir continuamente ao passo que petróleo e carvão cairão, até que cada um dos três tipos atinja em torno de 26% a 28%¹⁹. Novas fontes energéticas, como os hidrocarbonetos não convencionais, uma maior produtividade e o desenvolvimento tecnológico vão ser essenciais para o atendimento da demanda, crescente, por energia.

Com os avanços tecnológicos, a tendência é a exploração de hidrocarbonetos não convencionais se disseminar por diversos países. Mas, a revolução do xisto, levada a cabo pelos Estados Unidos, não vai ser replicada nos outros países, mesmo porque, pelas estimativas da BP, a América do Norte passará para a condição de exportadora de energia já este ano, e em 2035, ainda deterá 50% do petróleo folhelho e 30% do gás de xisto²⁰.

19 BP, P. L. C. **BP Energy Outlook 2016**. Londres, 2016. Disponível em: <<https://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/energy-economics/energy-outlook-2016/bp-energy-outlook-2016.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

20 BP, P. L. C. **BP Energy Outlook 2016**. Londres, 2016. Disponível em: <<https://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/energy-economics/energy-outlook-2016/bp-energy-outlook-2016.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

3. Emissões de GEEs

O crescimento da economia mundial tem sido, historicamente, vinculado as emissões de gases de efeito estufa decorrentes do uso de energia, sobretudo, da queima de combustíveis fósseis. Dois terços das emissões antrópicas são decorrentes do uso de energia não renovável. Pela primeira vez, o relatório da Agência de Energia Internacional (*International Energy Agency*) constatou que esses dois indicadores estão, aos poucos, se desvinculando: “embora a economia mundial tenha crescido em torno de 3% em 2014, as emissões de dióxido de carbono (CO₂) relacionadas com a energia permaneceram estáveis” (IEA. 2015, p. 2).

Iniciativas de precificação do carbono e a existência de um mercado robusto para sua comercialização parecem ser indispensáveis para romper com essa tendência de estagnação do uso de fontes não renováveis. Sem elas, dificilmente, podem ser atingidas as metas de redução de gases de efeito estufa na atmosfera, para ser contido o aquecimento global nos seguros 2°C. Porém, na realidade, nem o mercado de carbono, nem a economia dos países se recuperaram da crise de 2008. Ainda está em 1/5 o valor de mercado do carbono, no principal balcão, que é o Bolsa Europeia (EU ETS). Além disso, os países têm praticado medidas erráticas de estímulo à economia que acabam por baratear o combustível fóssil, artificialmente, por subsídios ou isenções para aumentar o nível de emprego, o que acaba, ao mesmo tempo, anulando incentivos à tecnologia de baixo carbono e fomentando as emissões.

A Bolsa da Califórnia, associada a de Quebec, pela *Western Climate Initiative* (WCI), é o segundo maior mercado de ETS, mas, ainda está longe de conseguir ser pujante o suficiente para influenciar as decisões de investimento. A China deve lançar um esquema de negociação de preços nacional, em 2020, e neste ano, a Coreia do Sul iniciou seu esquema de negociações, envolvendo 1.7 Gt CO₂-eq. Já o Cazaquistão que começou em 2013, em 2014, negociou em torno de 155 Mt CO₂-eq. No Japão, onde o mercado de balcão é local, junto às prefeituras de Tóquio, Saitama e Quioto, supre apenas 2% das emissões japonesas. Nas demais regiões, a queda abrupta do crédito de carbono internacional gerou um colapso no mercado, abolindo alguns mecanismos que já existiam e inibindo a criação de novos, como o pretendido pela nossa BMF/Bovespa.

4. Política energética comum e a bacia do Atlântico

4.1 Na União Europeia

A crise na Ucrânia desencadeou a obrigatoriedade de reequacionarmos os riscos inerentes a forte dependência de gás natural russo, no que diz respeito à segurança energética europeia do abastecimento, nomeadamente, no que concerne à viabilidade de trânsitos contínuos desse recurso energético.

Apesar de ser notório um quadro evolutivo em torno das mais variadas fontes de abastecimento, a área da energia é, de igual forma, um *dossier* marcante no cenário transatlântico, não apenas pelo potencial crescimento econômico, na dinâmica da economia sustentada, (v.g. os 34 acordos de comércio livre assinados pela União Europeia e uma *série* de acordos comerciais de última geração com a Coreia do Sul, a América Central, a Colômbia, o Peru, Singapura e o Canadá, bem como, as negociações decorrentes com o Japão, Malásia, Mercosul, países da sua zona vizinha, como Ucrânia, Moldávia, Geórgia, Marrocos, Líbia, Egito e a Jordânia, e mais recentemente, o acordo com Tóquio²¹ que deverá ser assinado no decorrer do ano 2016) como pela vulnerabilidade e inconstância da Rússia, enquanto desequilibrador europeu, que são pontos de preocupação dos EUA.

Aliado a isso, as modificações que se denotam no referencial energético global são, especialmente, a revolução do gás²² e do petróleo, no quadro americano, e o seu papel, preponderante, na exportação para o mercado europeu, bem como, a descoberta de novas e abundantes reservas²³; também, a União Europeia poderá, em larga medida, usufruir dessas transformações, não se tornando de todo descabido considerar e aprofundar o *dossier* da energia. Para tanto, poderá

21 Os líderes europeus que fazem parte da Cúpula G7, no Japão, e o governo do país asiático concordaram em 26 de maio do presente ano em acelerar as negociações entre Tóquio e Bruxelas, para fechar um acordo de comércio livre ainda este ano. Informação disponível em <http://www.europarl.europa.eu/>

22 A revolução de gás de xisto nos EUA alterou os preços relativos às principais fontes energéticas tornando-se assim a opção predileta na comparação entre custos-benefícios, bem como permite que as termelétricas a GN sejam competitivas mesmo com uma taxa de 60 US\$ por tonelada de CO2 emitida. Informação em *Short-Term Energy Outlook 2016*. Disponível em: <<https://www.eia.gov/forecasts/steo/report/natgas.cfm>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

23 Petrobrás confirma a descoberta de petróleo no campo libra, no Oceano Atlântico, a 180 km do Rio de Janeiro. Campo Libra situa-se na camada pré-sal da Bacia de Santos, formada no final do Mesozóico, que esconde petróleo no sub-solo do Atlântico. Informação no *Jornal da Economia do Mar*. Disponível em: <<http://www.jornaldaeconomiamar.com/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

valer-se do criação e utilização de novas rotas energéticas, quer concretizando novos projetos, ou mesmo o aumento e consolidação das atuais bases de abastecimento e distribuição. O *hub* europeu da bacia Atlântica verá, neste quadrante, a sua supremacia valorizada, tendo em conta as capacidades que encerra, das quais se constituem como exemplo, as recentes descobertas.

4.2 Em Portugal

No sentido acima assinalado, Portugal, por via da sua localização geográfica e dos recursos naturais, poderá revitalizar-se numa região de receção e trânsito de gás natural, apropriando-se da ideia de comercialização de gás natural liquefeito (GNL/LNG), potenciando a sua posição geográfica, como porta de entrada deste gás americano na Europa *shale gas*, juntamente com a Espanha. De todo modo, prevalece a necessidade de diversificação das fontes energéticas da União europeia, com o fomento da ideia de um mercado comum e a redução da dependência europeia da Rússia.

Não é por qualquer motivo que *Vladimir Putin* e as fações extremistas que inspiram a liderança na Europa, de *Marie Le Pen* a *Viktor Orbán*, são os maiores detratores da *Transatlantic Trade Investment Partnership*²⁴, do que poderá significar como *facto novo* no Ocidente livre e próspero para o século XXI. Daqui se depreende, que também não é fruto do acaso, que a revolução na Ucrânia, em finais de 2013, tenha rebentado no preciso momento em que a Rússia se opôs ao estabelecimento de um acordo de livre comércio entre Kiev e a União Europeia, ou seja, a entrada no espaço de livre circulação comercial é fundamental na ocidentalização política de qualquer soberania nacional.

4.3 Projeto de desenvolvimento conjunto do Atlântico: algumas sugestões

No caso europeu, a questão de abastecimento pode solucionar-se com uma maior variedade de fornecedores, com uma menor dependência da Rússia e a construção de um ponto nevrálgico energético no Atlântico, fomentando a

24 Traduzido pela autora como Sociedade de Investimento de Comércio Transatlântico. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

própria Península Ibérica, que já detém pelo menos metade da capacidade de recepção de LNG²⁵, na Europa. Para tudo isso, será requisito necessário falar-se da construção efetiva da União Energética ou do Mercado Comum da Energia e o reforço das ligações transfronteiriças, principalmente, da Península Ibérica, e daqui ao resto da rede europeia.

Nesses termos, invoca-se que esse sistema progressivo deve ser analisado, não só à luz das redes elétricas, mas também, do sistema de *pipelines* para o escoamento de gás^{26,27}. Não se verificando essa hipótese, a União Europeia irá permanecer na dependência da Rússia que não hesitará em utilizar, novamente, a energia como arma geopolítica, a pretexto do que fez no passado.

No caso da União Europeia, essa transformação é inevitável: o povo europeu importa, atualmente, do exterior, 50% da energia que consome, e dentro de duas décadas, nos termos do alerta feito pela Comissão Europeia, se não retrocederem, esse valor pode chegar aos 70%. As importações são, sobretudo, oriundas da Rússia (46%), do Médio Oriente (18%), do Norte de África (13%) e dos EUA (5%) e, face à degradação da produção no mar do Norte, a Europa não está dando a devida atenção a urgência na diversificação do abastecimento e no reforço da contribuição do Norte de África, da África Ocidental e da bacia atlântica, no seu cardápio energético. Relativamente ao gás, os principais possuidores de reservas de gás são a Rússia (18%), o Irão (18%) e o Qatar (14%), ficando assim, a União Europeia, com cerca de 9% do total mundial, o que provoca um grande desequilíbrio estrutural da Europa.

25 Cláudia Monteiro Aguiar-eurodeputada apresenta parecer à Comissão Europeia dos Transportes e Turismo do Parlamento Europeu sobre a Estratégia da União Europeia de Gás Natural Liquefeito (GNL/LGN) e de Armazenamento de Gás. A eurodeputada pronuncia-se no sentido de que os “Estados-membros devem apresentar à Comissão Europeia os respetivos quadros de ações nacionais sobre a criação de infraestruturas para combustíveis alternativos” e salientou que este é o momento para o Governo da República, com as Regiões Autónomas, analisar e apresentar “propostas de instalação de pontos de abastecimento de GNL nos portos portugueses”.

26 Scucuglia, José Wanderley, “Sistema de controle de escoamento de gás natural em dutos de distribuição com deteção de vazamentos utilizando redes neurais”, trabalho apresentado no curso da pós-graduação em engenharia elétrica na Universidade Estadual Paulista – Unesp”, São Paulo, 2006.

27 No final do ano de 2015, a Gazprom chegou a um acordo com cinco empresas da Europa Ocidental (BASF , a E.ON , Engie , OMV e Shell) . Estes concordaram em adicionar duas linhas adicionais para o gasoduto *Nord Stream* através do Mar Báltico, aumentando a capacidade do gasoduto de 55 mil milhões de metros cúbicos por ano para 110 bilhões de 2019. O projeto provocou polémica, pois aguçou divisões entre os membros da UE sobre energia e política externa. Disponível em: <<http://www.energypost.eu/nord-stream-2-bad-deal-germany-eastern-europe/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

Conclusão

Parece existir, no momento, uma complementaridade possível e desejável entre as fontes renováveis e os combustíveis não convencionais. As fontes renováveis ainda estão muito incipientes, e sua produção ainda não supre o mercado todo, e algumas energias, como a solar e eólica, se sujeitam a sazonalidade. Mesmo países que adotam uma política ativa para manter a matriz energética limpa, atualmente têm-se valido da queima de carvão, para suprir esse deficit.

De qualquer forma, nenhuma alteração ou melhoria isolada vai ser suficiente para solucionar o problema, nesse sentido, por mais que sejam bem-vindas todas as iniciativas, inclusive a substituição do carvão e do petróleo pelo gás natural. Independentemente, de a fonte de exploração ser convencional ou não, é preciso articular programas e métricas de longo prazo que precifiquem o carbono e, portanto, aumentem a competitividade das fontes renováveis de energia, acelerando a mudança de paradigma energético, para a Economia Verde de baixo carbono.

Provavelmente, o resultado obtido em Paris ficará aquém do necessário para manter o aquecimento do planeta abaixo dos 2 graus saudáveis, mas, foi o compromisso possível, dado o momento histórico. O mais importante será conseguir alterar o rumo na direção correta do desenvolvimento sustentável. O foco, portanto, deverá ser a mudança de paradigmas com a estipulação de metas para médio e longo prazo. Nesse interim, são bem-vindas medidas que favoreçam a alteração da matriz energética dos países, aumentando o uso do gás natural, desestimulando o uso do petróleo e do carvão, subsidiando o rápido crescimento das fontes renováveis e criando um mercado robusto para comércio de carbono.

Referências

ANP. **Resolução nº 6, de 25 de junho de 2013**. Conselho Nacional de Política Energética. Autoriza a realização da Décima Segunda Rodada de Licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/resolucao_12_rodada/resolucao_12_rodada_de_licitacao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BP, P. L. C. **BP Energy Outlook 2016**. Londres, 2016. Disponível em: <<https://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/energy-economics/energy-outlook-2016/bp-energy-outlook-2016.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRADY, William. **Hydraulic Fracturing Regulation in the United States: The Laissez-Faire Approach of the Federal Government and Varying State Regulations.** University of Denver, Sturm College of Law Grimshaw & Haring, P.C., 2011. Disponível em <<http://www.law.du.edu/documents/faculty-highlights/Intersol-2012-HydroFracking.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CHPNY, Concerned Health Professionals of New York. **Compendium of scientific, medical, and media findings demonstrating risks and harms of fracking** (unconventional gas and oil extraction) December 11, 2014, Disponível em: <<http://concernedhealthny.org/wp-content/uploads/2014/07/CHPNY-Fracking-Compendium.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

EIA. Energy Information Administration. **Most natural gas production growth is expected to come from shale gas and tight oil plays.** June 07, 2016. Disponível em: <<https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=26552>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

Energy Information Administration. **Shale oil and shale gas resources are globally abundant.** June 10, 2016b. Disponível em: <<http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=11611>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

EPA, U.S. Environmental Protection Agency. **Assessment of the Potential Impacts of Hydraulic Fracturing for Oil and Gas on Drinking Water Resources** (External Review Draft). Washington, 2015. Disponível em: <<http://cfpub.epa.gov/ncea/hfstudy/recordisplay.cfm?deid=244651>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

FOX, Josh. E.U.A. **Gasland II.** Filme. 2010. Disponível em <<http://www.youtube.com>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

IEA, International Energy Agency. **Energy and Climate Change: World Energy Outlook Special Report**. OECD/IEA. IEA Publications: Paris, 2015. Disponível em: <<http://www.worldenergyoutlook.org/energyclimate/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Jornal da Economia do Mar. Disponível em:<http://www.jornaldaeconomiamar.com/>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MME, Ministério de Minas e Energia. **Boletim mensal de acompanhamento da indústria de gás natural**. Edição 94. Janeiro 2015. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138769/1732803/Boletim_Gas_Natural_nr_94_jan_15+-+Completo.pdf/5955d68b-bb15-4545-9963-bf2e60d1f444>. Acesso em: 10 jun. 2016.

NDRC & FTA, National Resources Defense Council & FracTracker Alliance. **Fracking's Most Wanted: Lifting the Veil on Oil and Gas Company Spills and Violations**. April 2015. Disponível em: <<http://www.nrdc.org/land/drilling/files/fracking-company-violations-IP.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SCUCUGLIA, José Wanderley, **Sistema de controle de escoamento de gás natural em dutos de distribuição com detecção de vazamentos utilizando redes neurais**, trabalho apresentado no curso da pós-graduação em engenharia elétrica na Universidade Estadual Paulista – Unesp”. São Paulo, 2006.

Short-Term Energy **Outlook**. 2016 Disponível em: <<https://www.eia.gov/forecasts/steo/report/natgas.cfm>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

VEIGA, José Eli. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: 34, 2013.

O rompimento da barragem de Fundão no contexto da crise do capitalismo e as epistemologias do Sul como forma de proteção aos direitos humanos

The breaking of Fundão dam in the context of the crisis of capitalism and the South epistemologies as a form of protection to human rights

Marina de Macêdo Carvalho
Natália de Souza Lisbôa

Resumo: A partir da análise do caso do rompimento da Barragem de Fundão, tem-se por objetivo, realizar o estudo das dimensões do desastre ambiental e os danos causados, diretamente nos Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce, a violação dos direitos humanos dos atingidos e a possibilidade de utilização do Direito Internacional por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Vê-se que modelo de *commodities* adotado pelos governos brasileiros, ao longo de sua história, cuja exploração rápida de produtos *in natura* com pouca industrialização voltada para exportação, continua demonstrando a subjugação nacional frente às grandes corporações. Ainda, tem-se como apresentação de uma abertura ao pensamento crítico da crise do capitalismo e do modo de produção, especificamente, da mineração no Brasil e as Epistemologias do Sul, por meio do diálogo intercultural, representados, também, pela mudança de conceitos para desmercantilizar, democratizar e descolonizar.

Palavras-chave: Barragem de fundão; Capitalismo; Epistemologias do Sul; Direito Internacional; Direitos Humanos.

Abstract: Based on the analysis of the case of the dam of the Fundão Dam, the objective is to study the dimensions of the environmental disaster and the damages caused directly in the Gualaxo do Norte, Carmo and Doce rivers, the violation of the human rights of those affected and the possibility of using international law through the Inter-American Commission on Human Rights. It is seen that the commodity model adopted by the Brazilian governments throughout its history, whose rapid exploitation of in natura products with little industrialization focused on export, continues to demonstrate the national subjugation in front of the big corporations. Also, it is presented as an opening to the critical thinking of the crisis of capitalism and the mode of production, specifically of mining in Brazil, the Epistemologies of the South, through intercultural dialogue, also represented by the change of concepts to decommodify, democratize and decolonize.

Keywords: Fundão dam; Capitalism; Epistemologies of the South; International Law; Human Rights.

Introdução

*O sertão vai virar mar
É o mar virando lama
Gosto amargo do rio Doce
De Regência a Mariana
(Cacimba de Mágoa –Tato/Falamansa e
Gabriel o Pensador)*

O rompimento da Barragem de Fundão serviu de ponto referencial para o estudo das dimensões do desastre ambiental e dos danos causados nos Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce. Partindo do método de análise de caso para verificar as evidências empíricas, a modalidade de pesquisa qualitativa foi utilizada de forma descritiva e explanatória.

Para o desenvolvimento deste objetivo, são apresentados um breve histórico da Samarco S/A e uma construção dos acontecimentos a partir do rompimento da barragem e suas consequências para o meio ambiente. Após, são analisadas as violações aos direitos humanos dos atingidos, especialmente à luz do Direito Internacional e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, são demonstradas a crise do capitalismo e dos modos de produção, apresentando as epistemologias do Sul como alternativa para a construção um pensamento anticapitalista, anticolonial e antiimperialista.

1. A Samarco S/A e o rompimento da barragem de Fundão

1.1 A Samarco S/A – Breve apresentação

A Samarco Mineração S/A é uma empresa brasileira de mineração, fundada em 1977, de capital fechado, controlada em partes iguais por dois acionistas: BHP Billiton Brasil Ltda. e Vale S.A.¹. Inicialmente, ela foi constituída pela Samitri e pela *Marcona Internacional*, em 1973, iniciando suas operações de extração de minério de ferro, transporte dutoviário, pelotização e transporte transoceânico em 1977². Em 1984, o grupo anglo-australiano BHP Billiton adquiriu a Utah Internacional, controladora da *Marcona Internacional*, no esteio de recordes de produção e venda da Samarco e já em 1986, a empresa iniciava a distribuição de dividendos aos seus acionistas.

A empresa Samarco S/A é uma *joint venture* das empresas Vale e BHP Biliton. Esse modelo estratégico de parceria empresarial é muito comum no cenário econômico recente e é uma figura jurídica que contempla as associações e as alianças estratégicas entre empresas. Sua aplicação estende-se desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades numa única empresa³. Esse tipo de constituição é entendida como uma forma de minimizar reponsabilidades civis, penais e ambientais, por existir uma empresa constituída, mas, algumas decisões administrativas são tomadas pelas empresas constituintes.

1.2 O rompimento da Barragem de Fundão

No dia 05 de novembro de 2015, a barragem de rejeitos de Fundão, pertencente a empresa Samarco Mineração S/A rompeu-se provocando o

1 SAMARCO MINERAÇÃO. (2008). *Relatório Anual 2007*. Belo Horizonte, 2008.

2 Ibidem, 2008.

3 MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Parcerias empresarias “joint ventures”*. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6843> Acesso em: 05 jul. 2016.

derramamento de cerca de 6,2 milhões de metros cúbicos de rejeito inerte da mineração de minério de ferro, no rio do Carmo, um importante afluente do Rio Doce. A tragédia que aconteceu por volta das 16h20min soterrou o distrito de Bento Rodrigues, pertencente a cidade de Mariana, causando 20 mortes e enormes prejuízos a diversas comunidades, ao longo da micro bacia do Rio do Carmo, chegando a Bacia do Rio Doce, onde continuou seu rastro de lama e destruição até chegar ao oceano Atlântico.

A lama de rejeitos devastou 663 km nos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce, percorrendo 879 km até chegar ao Oceano Atlântico, onde adentrou 80 km² ao mar. Distritos e povoados foram completamente devastados pela lama. Depois de destruir o Distrito de Bento Rodrigues, a enxurrada de lama de rejeitos das barragens atingiu as seguintes localidades: Camargos, Cláudio Manuel, Paracatu de Cima, Paracatu de Baixo, Pedras, Barretos, Gesteira, Barra Longa, Santa Cruz do Escalvado, Belo Oriente, Periquito, Pedra Corrida, Alpercata, Governador Valadares, Tumiritinga, Galileia, Resplendor, Quatituba, Itueta, Aimorés, Baixo Guandu, Colatina, Marilândia, Linhares, Regência e Povoação, conforme pode ser observado na Figura 1.

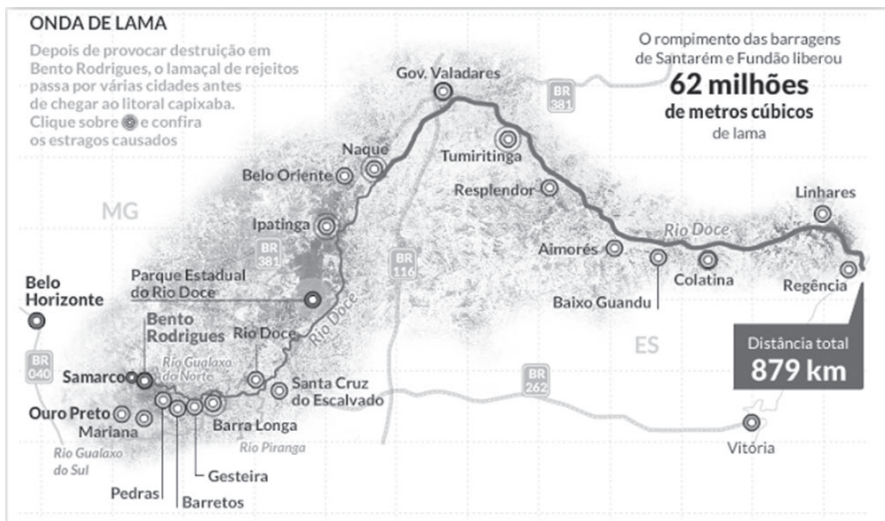


Figura 1: Percurso da lama de rejeitos de mineração, a partir da barragem de Fundão até o oceano Atlântico. Extraído de: ONB, 2015.

O saldo é de 20 pessoas mortas, mais de 1.200 pessoas desabrigadas, mais de 1500 hectares de terras destruídas, incluindo parques estaduais e unidades

de conservação (Parque Estadual do Rio Doce, Parque Estadual Sete Salões, Floresta Nacional Goytacazes e o Corredor da Biodiversidade Sete Salões-Aymoré). Pescadores, ribeirinhos, agricultores, assentados da reforma agrária e populações tradicionais, como o povo indígena Krenak e moradores das cidades, ao longo dos rios atingidos, foram imensamente lesados⁴.

O rompimento da barragem de Fundão é a maior tragédia ambiental do Brasil, podendo ser considerada um marco no fim do megaciclo das *commodities* no país, começado por volta dos anos 2000⁵, acentuando de forma concreta a grave crise mundial provocada pelo capitalismo. Esse megaciclo pode ser associado ao período entre 2003 e 2013, quando as importações globais de minérios saltaram de US\$ 38 bilhões para US\$ 277 bilhões. De acordo com *Trade Maps*, em 2013, apenas cinco países foram responsáveis por dois terços das exportações globais de minérios, tendo o Brasil se destacado em segundo lugar, e respondendo por 14,3% das exportações de minério no mundo⁶.

Relatórios de várias entidades não governamentais e diversos grupos de pesquisas, em universidades brasileiras, indicam que existe uma relação estrutural entre eventos de rompimento de barragens de rejeitos e os ciclos econômicos da mineração. Análises mais profundas indicam que existe um aumento do risco de rompimento de barragens, nos ciclos pós aumento do preço do minério de ferro: “[...] Essa relação estaria associada a aceleração dos processos de licenciamento ambiental e a pressão sobre os órgãos licenciadores, na fase de preços elevados, bem como, a intensificação da produção e pressão por redução de custos, no período de redução dos preços.”⁷. O modelo de desenvolvimento adotado no

4 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

5 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

6 ITC. **Trade Map**: trade statistics for international business development. 2015. Disponível em: <<http://www.trademap.org/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

7 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

país, ao longo do tempo, determina de forma cruel o papel do Brasil no mundo, sendo que essa herança de uma política *diktat* semicolonial não agrega valor aos produtos, gerando riqueza para os países “compradores” que beneficiam os produtos e os fazem retornar com suas altíssimas taxas de lucro, subsumidas.

Nesse ínterim, podem ser relacionadas as demandas do mercado capitalista, com uma busca pela alta produção e afrouxamento das fiscalizações, legislação e despreocupação das empresas com o meio ambiente. Tal situação demonstra claramente que o atual modelo econômico, ao criar demandas que não satisfazem de forma equitativa a população mundial, deixa rastros de degradação ambiental, principalmente, nos países fornecedores de matéria-prima.

1.3 As bacias do Rio do Carmo e Rio Doce

O rio do Carmo corre por uma extensão de 134 km e, junto à cabeceira, tem como principais formadores: o ribeirão do Funil e o córrego do Tripuí, que nascem no município de Ouro Preto, na Serra do Veloso. Essa serra é um divisor de águas de dois principais rios do estado, o Doce e o rio das Velhas. Sua foz está no município de Rio Doce, na confluência com o rio Piranga, quando formam o rio Doce. Entre seus afluentes, destacam-se, pelo porte, os rios Gualaxo do Norte, pela margem esquerda e Gualaxo do Sul, pela margem direita. (fig. 2).



Figura 2: Mapa da Bacia do Rio Doce, com destaque à bacia do Rio do Carmo.
Extraído de BARBOSA, 2004.

A bacia hidrográfica do rio Doce compreende uma área de drenagem de 83.000 km², dos quais 86% pertencem ao Estado de Minas Gerais e 14% ao Estado do Espírito Santo. A bacia do rio Doce abrange, atualmente, 230 municípios, e que têm cerca de 3100000 habitantes, sendo que a população urbana representa 68,7% do total⁸.

O rompimento da barragem de rejeitos afetou um total de 679 km de rios, sendo 114 km entre a barragem de Bento Rodrigues até a represa da Usina Condonga, e outros 564 km entre a usina e a foz do Rio Doce no oceano, em Linhares, no Espírito Santo⁹.

Os dados sobre a qualidade da água nos rios afetados, após o rompimento da Barragem de Fundão, ainda são preliminares e, tanto empresas contratadas pela Samarco, pelos órgãos governamentais, pelos grupos independentes e universidades já emitiram relatórios parciais que indicam aumento significativo de turbidez, e alguns afirmam a presença de metais pesados, ao longo de toda a bacia do Rio Doce.

1.4 O Direito Internacional e as violações dos Direitos Humanos

O caso do rompimento da Barragem de Fundão foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, juntamente com outros doze casos emblemáticos da recorrência de violações de direitos humanos, em projetos de mineração no Brasil, sendo que a solicitação de audiência temática “Afetações aos Direitos Humanos devido à Mineração no Brasil” fora assinada por oito entidades de pesquisa e defesa dos direitos humanos, tendo sido concedida e realizada no dia 08/06/2016, em Santiago, no Chile.

As principais violações indicadas são em relação a omissão do Estado brasileiro, quando do licenciamento ambiental e a fiscalização das atividades minerárias, chamando a atenção para a regulação insatisfatória e a fiscalização insuficiente que garantem às megacorporações mineradoras, lucros altíssimos,

8 IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

9 SOS MATA ATLÂNTICA. **Análise do impacto sobre áreas de Mata Atlântica do rompimento da barragem localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, no município de Mariana-MG**. 2015. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/blpifrcox1bpg3e/091215_Atlas-Rio-Doce_Relatorio_final.pdf?dl=0. Acesso em: 08 jul. 2016.

incluindo, também, o pagamento de poucos tributos. A utilização do Direito Internacional é primordial para garantir que os Estados possam continuar sua existência autônoma, e ao mesmo tempo participarem das relações internacionais, principalmente para proteção dos direitos humanos, que demandam cada vez mais, amparo na perspectiva da globalização dos mercados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, determinou em seu artigo 225, um meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, como mais um dos direitos e garantias fundamentais que integra o rol do artigo 5º, do mesmo documento legal. Dessa forma, é evidente o contato entre direitos fundamentais do ser humano e as normas de proteção ao meio ambiente.

Partindo do aporte teórico de Carla Amado Gomes, observando que a atenção ao risco ambiental vem crescendo, a partir da década de setenta do século passado, os exemplos de acidentes com petroleiros e explosões em instalações industriais trouxeram à discussão, na comunidade internacional, novas questões. Assim, entendendo-se que o risco ambiental “[...] traduz-se, para nós, numa ameaça de degradação ou destruição, grave ou irreversível, de bens ambientais naturais”¹⁰, é necessário que os Estados revejam suas posições sobre os atos autorizativos de certas atividades, que podem, potencialmente, causar danos ao meio ambiente.

No entanto, verifica-se que o caso do rompimento da Barragem de Fundão não é um caso isolado, sendo apresentado como um reflexo do modelo desenvolvimentista e agroexportador brasileiro, baseados, exclusivamente, na ótica do capital. Com isso, a atividade mineradora da forma que é realizada, hoje, no Brasil, viola, principalmente, os direitos humanos à moradia, ao trabalho digno, à integridade cultural, à vida, ao território e à consulta livre, prévia e informada, das populações indígenas.

2. A crise do capitalismo e desastres ambientais

Um fator determinante para entender o capitalismo, de forma geral, principalmente sob o ponto de vista dos países explorados por grandes corporações, é a contradição: produção x apropriação de riqueza. Nesse aspecto, destaca-se a não redistribuição do excedente-valor entre os não trabalhadores e afetados,

10 GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 140-149 jul./dez. 2011, p. 143-144.

direto, pela exploração de recursos naturais, e as diversas formas do capital. Os lucros são de poucos, e/ou, os riscos e prejuízos são suportados por quem não colhe os benefícios dos empreendimentos. Nesse sentido, é possível caracterizar a atual etapa capitalista, como especulativa e parasitária, presidida pela insuficiente capacidade do capital produtivo, em atender as necessidades reais dos envolvidos. Robert Kurz¹¹ em sua análise da crise do sistema capitalista, assevera:

[...] A crise, segundo o seu conceito, é completamente determinada pelo lado objetivado e determinado da relação social, o qual produz um agir dos seres humanos que é comandado por uma forma cega e apriorística da sua vontade, cujo contexto global, inconsciente se apresenta à superfície como o curso de um processo natural ou até de uma máquina.

No caso analisado, decisões administrativas tomadas por poucos dirigentes, geraram um prejuízo a toda nação brasileira. O conceito de crise, descrito acima, demonstra que ações humanas tomadas de forma maniqueísta, influenciadas por um modelo voltado ao capital, têm gerado consequências cruéis aos países explorados. Kurz¹² é taxativo ao afirmar:

[...] facto de o capitalismo não ter por objectivo o aumento do bem-estar, mas apenas a valorização do valor; ou seja, a produção de uma mera “riqueza abstracta” (Marx) como fim em si, enquanto a satisfação das necessidades materiais e sociais poderá ser na melhor das hipóteses um subproduto da lógica da valorização e também por isso é repetidamente negada na prática – e de modo nenhum apenas na crise.

Assim, é possível compreender como o atual momento do modelo capitalista visa apenas a exploração, cujo motivo maior é o excedente de capital, não tendo como objetivo o bem-estar social.

3. As epistemologias do Sul e as possibilidades de ampliar a proteção dos direitos humanos

O jusfilósofo português Boaventura de Sousa Santos, ao construir uma teoria baseada nas epistemologias do Sul, verificando o impacto do colonialismo e do

11 KURZ, Robert. **Crise e crítica. O limite interno do capital e as fases do definhamento do marxismo.** 2013. Disponível em: <<http://www.obeco-online.org/rkurz410.htm>> Acesso em: 07 jul. 2016.

12 KURZ, Robert. **Crise e crítica. O limite interno do capital e as fases do definhamento do marxismo.** 2013. Disponível em: <<http://www.obeco-online.org/rkurz410.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

capitalismo moderno na construção das epistemologias dominantes, também trata, a partir dos conceitos de Aníbal Quijano¹³ sobre colonialidade do poder, da ecologia de saberes como uma necessidade de dialogar de forma horizontal, entre os diversos tipos de conhecimento. Tal diálogo deve romper com o pensamento jurídico tradicional, que ainda está arraigado no processo histórico imperial, para buscar através do diálogo intercultural, resolver o dilema entre o universalismo e o relativismo, a universalidade e a particularidade.

É necessário deixar evidente que o conceito de sul, utilizado por Boaventura de Sousa Santos, não é unicamente geográfico, ainda que a maioria dessas populações vivam em países do hemisfério sul, mas sim, uma “[...] metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e colonialismo, em escala global e da resistência para superá-lo ou minimizá-lo. É por isso um sul anticapitalista, anticolonial e anti-imperialista¹⁴” (Tradução das autoras)¹⁵, utilizando-se das premissas que a compreensão do mundo é muito maior do que a visão ocidental e que a diversidade do mundo é infinita, compreendendo diversos modos de ser, pensar, sentir, conceber o tempo, organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços, olhar o passado e o futuro etc., uma vez que:

[...] Esses limites são agora mais visíveis no continente latino-americano em um momento em que as lutas sociais estão orientadas a ressemantizar velhos conceitos e, ao mesmo tempo, a introduzir substantivos novos que não tem precedentes na teoria crítica eurocêntrica, que não são expressos em nenhuma das línguas coloniais em que fora construída. Essa é a primeira razão para tomar distância da teoria crítica eurocêntrica¹⁶. (Tradução das autoras)

13 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

14 “una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación Del Estado en América Latina – perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

15 *Ibidem*, 2010.

16 “Estos límites son ahora más visibles en el continente latinoamericano en un momento en que las luchas sociales están orientadas a ressemantizar viejos conceptos y, al mismo tiempo, a introducir substantivos nuevos que no tienen precedentes en la teoría crítica eurocéntrica, tanto más que no se expresan en ninguna de las lenguas coloniales en que fue construida. He ahí la primera razón para tomar distancia de la teoría crítica eurocéntrica”.

Ao abandonar a concepção linear de tempo, Boaventura de Sousa Santos¹⁷ desenvolve a ecologia de saberes como uma contraepistemologia, que tem como consequências uma globalização contra-hegemônica, com uma nova visão política e de resistência ao capitalismo, bem como, vê surgir a proliferação de alternativas, a partir de um pensamento pluralista e propositivo.

A construção de uma epistemologia do Sul requer uma desconstrução do pensamento de uma naturalização do capitalismo, da democracia representativa liberal e do racismo, que resume as mudanças em três conceitos: desmercantilizar, democratizar e descolonizar¹⁸. Isso significa, então, refundar os conceitos de justiça, incluindo os conceitos de igualdade e liberdade, a partir do reconhecimento da diversidade. Dessa maneira, as epistemologias do Sul estão além do relativismo ou do universalismo, para a reconstrução da justiça cognitiva para a ecologia do conhecimento e da justiça histórica, para a luta conta o colonialismo estrangeiro, bem como, o interno.

Essa teoria fica mais consistente, com o aporte teórico trazido por Walter D. Mignolo,¹⁹ quando afirma que os seres humanos nascem iguais e vão perdendo sua igualdade, uma vez que, assim, os humanistas do ocidente se sentiram autorizados a falar pelo homem e pelo humano, de todo o mundo. Desse modo, quando se trata de direitos humanos, tem que contextualizar o “humano” não como uma invenção do império ocidental, herdado da fundação histórica do colonialismo moderno, mas, pela perspectiva de colonial, afastando-se do padrão de humano, humanidade e ideal de civilização moderna.

Conclusão

As discussões teóricas sobre a necessidade do reconhecimento das relações entre os espaços de poder e as hierarquias, consolidadas pela tradição epistêmica ocidental, proveniente do colonialismo, demonstram que a lei e o direito ocupam um lugar especial nesse debate epistemológico, uma vez que devem

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado en América Latina –perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

18 Ibidem, 2010, p.130.

19 MIGNOLO, Walter D. *Epistemic Disobedience, Independent Thought and Decolonial Freedom*. Theory, Culture & Society. (SAGE, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore), v. 26(7–8), 2009.

servir como uma forma de conhecer, as realidades multiculturais de um povo, devendo assim romper as cadeias de dominação e exploração impostas pela globalização e pelo modelo de capitalismo ocidental, que não reconhece outras formas de economia, consumo e trabalho, além daquelas impostas por eles.

Para garantir os níveis de lucratividade e, principalmente, retorno a seus acionistas, a empresa optou por intensificar investimentos baseados em uma demanda superestimada, de continuidade da alta do preço do minério de ferro, aumentando, deliberadamente, a exploração do recurso²⁰. A repercussão dessas decisões administrativas, nas medidas de segurança relacionadas ao rompimento da barragem será apurada pelos devidos órgãos investigatórios, sendo que a maior parte dos danos ambientais são irreparáveis e incalculáveis. Apesar do grande esforço de pesquisadores, especialistas e técnicos, em diversas frentes, para conhecer e tentar mitigar os impactos negativos, novos danos surgem a cada dia.

Além dos danos, diretamente, causados pelo rompimento da Barragem de Fundão, ainda houve consequências graves e violações posteriores, como omissão de assistência emergencial, prestação de informações confusas pela empresa acerca da causa e da extensão do dano, além de problemas no abastecimento de água e os reflexos dos danos nos direitos econômicos, sociais e culturais dos atingidos. E mais, ainda, a tentativa de imposição de um acordo, intermediada pelo Estado brasileiro, demonstra que a opção não foi a de ouvir, atentamente, os clamores dos atingidos, deixando perguntas sem respostas, sobre a iminência de outros desastres.

Sob a perspectiva dos agentes econômicos, é decisivo discutir os níveis de responsabilidade envolvidos nas estratégias corporativas e formatos organizacionais dos grupos Vale e BHP Billiton, controladores da Samarco. De fato, estruturas acionárias complexas e financeirizadas são racionalmente utilizadas como formas de desresponsabilização. No caso do grupo anglo-australiano, o formato jurídico de *non operated joint venture* da Samarco é decisivo, mas, suas práticas ambientais, em diferentes localidades, demonstram um padrão de ação profundamente contestável, o que demonstra a crise do sistema econômico.

A omissão, após análises mais profundas e a conivência dos governos com a atuação dessas empresas demonstram que as práticas voltadas à dependência

20 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<http://www.ufff.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

do capital, estão em crise. Com isso, faz-se premente que o caso seja analisado com toda a atenção pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que, juntamente, com as demais afetações causadas, pelas mineradoras, aos direitos humanos, para todos os atingidos, sejam devidamente reparados e que o risco ambiental seja melhor avaliado de forma a ser minorado como uma condicionante, nas próximas concessões de exploração em mineração.

Dessa forma, o rompimento da Barragem de Fundão demonstra a omissão estatal do Brasil e a irresponsabilidade empresarial da Samarco, que deve ser estendida aos seus acionistas, inclusive, no âmbito do Direito Internacional. Para isso, os Estados e a comunidade internacional devem repensar soluções alternativas, a partir das Epistemologias do Sul que reconheçam a importância do diálogo intercultural e que garantam uma nova perspectiva, a partir de um pensamento anticapitalista, anticolonial e antiimperialista.

Referências

BARBOSA, Sylvio Elvis da Silva. **Análise dos dados hidrológicos e regionalização de vazões da Bacia do rio do Carmo**. Ouro Preto: UFOP, 2004.

GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 3, n. 2, p. 140-149. jul./dez. 2011.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

ITC. **Trade Map: trade statistics for international business development**. 2015. Disponível em: <<http://www.trademap.org/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

KURZ, Robert. **Crise e crítica. O limite interno do capital e as fases do definhamento do marxismo**. 2013. Disponível em: <<http://www.obeco-online.org/rkurz410.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Parcerias empresarias “joint ventures”**. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6843>. Acesso em: 05 jul. 2016.

MIGNOLO, Walter. **Epistemic Disobedience, Independent Thought and Decolonial Freedom. Theory, Culture & Society**.v. 26. SAGE, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore), 2009, p. 7-8.

POEMAS. **Antes fosse mais leve a carga:** avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

ONB. Organics News Brasil. **Lama que sufoca o Rio Doce será tema na COP-21.** Disponível em: <<http://www.organicsnewsbrasil.com.br/meio-ambiente/barragem-mg/lama-que-agoniza-o-rio-doce-sera-tema-na-cop-21/>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. **Who Speaks for the “Human” in Human Rights?** Human Rights in Latin American and Iberian Cultures. *HispanicIssuesOnLine*. v. 5.1, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SAMARCO MINERAÇÃO. Relatório Anual 2007. Belo Horizonte: Samarco, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado en América Latina –perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SOS MATA ATLÂNTICA. **Análise do impacto sobre áreas de Mata Atlântica do rompimento da barragem localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, no município de Mariana-MG.** 2015. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/blpifrcox1bpg3e/091215_Atlas-Rio-Doce_Relatorio_final.pdf?dl=0>. Acesso em: 08 jul. 2016.

CONSTITUCIONAL

A valorização dos precedentes judiciais na interpretação das normas constitucionais

The importance of precedents on the interpretation of constitutional provisions

Nathália Gomes Pimenta Fiuza Gouthier

Tiago Gontijo Cunha

Resumo: O artigo tem como proposta demonstrar o sistema de *common law*, de tradição anglo saxônica, sobretudo, como a utilização dos seus precedentes judiciais pode ser útil à atividade interpretativa das Cortes Constitucionais de países de *civil law* no contexto do constitucionalismo contemporâneo, de modo a promover, a um só tempo, a racionalização na atividade jurisdicional e a realização dos princípios da igualdade perante a lei e segurança jurídica, inerentes a ideia de Estado.

Palavras-chave: *Common law*. Precedentes. Utilidade. *Civil Law*. Atividade Interpretativa.

Abstract: This article aims to demonstrate, in the context of contemporary constitution, how the tradition of the common law system, specifically the use of judicial precedent, can be useful to interpretative activities carried out by Constitutional Courts of the countries that adopt the civil law system, not only to promote the rationalization of jurisdictional activities, but also to implement the principles of equality before the law and legal certainty, which are both inherit to the concept of State.

Keywords: *Common law*. Precedent. Importance. *Civil Law*. Interpretative Activity.

Introdução

O presente artigo tem como proposta defender a valorização dos precedentes judiciais, instituto típico da *common law*, na atividade jurisdicional de interpretação no sistema jurídico de *civil law*. Tema este que se tornou relevante a partir do constitucionalismo contemporâneo, portanto, em razão das transformações na concepção de direito e de jurisdição do Estado Liberal, que deram origem ao Estado Constitucional. A semelhança do constitucionalismo contemporâneo com algumas características da *common law* justifica a utilização dos precedentes judiciais como fator de racionalização do sistema e de concretização dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Hoje, a atividade interpretativa realizada pelas Cortes Judiciais de *civil law*, especificamente no Brasil, não pode mais se limitar as técnicas e métodos tradicionais de interpretação, sendo indispensável perceber as transformações pelas quais passou a concepção do direito e as novas dimensões atribuídas à atividade jurisdicional, de modo a permitir a instituição de novos métodos interpretativos mais adequados à realidade que se formou a partir da superação do Estado Liberal e da construção do Estado Constitucional, marcado pela supremacia e normatividade da Constituição e da legalidade substancial. Os métodos interpretativos tradicionais de *civil law* foram elaborados em consonância com os valores do Estado Liberal, da legalidade meramente formal e da supremacia do Parlamento. Métodos estes que não mais se coadunam com a legalidade substancial e a supremacia da Constituição do Estado Constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo se estruturou, morfológicamente, a partir de uma ordenação jurídica constituída por duas espécies normativas: as regras e os princípios¹. Além disso, diante da impossibilidade de realização da segurança jurídica através da plenitude do direito, o legislador passou a adotar, como técnicas legislativas, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, conferindo ao judiciário, grande margem de discricionariedade para reconstruir o direito, a partir dos princípios constitucionais de justiça, dos direitos fundamentais e do caso concreto.

1 MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de crise do Estado Social*. Tomo II, vol. 2, 2014, Coimbra Editora. p. 362.

A existência no ordenamento jurídico de regras, com baixa densidade normativa, e de princípios que estabelecem estados ideais de coisas que devem ser realizadas na maior medida possível, em conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas², exige a conscientização das transformações operadas na concepção de direito e de jurisdição nos sistemas de tradição romano germânica de *civil law*. É imprescindível perceber as semelhanças com a *common law* introduzidas na *civil law*, a partir do constitucionalismo contemporâneo, para a utilização dos precedentes judiciais, não só para a racionalização da atividade jurisdicional atribuindo-se coerência, integridade e estabilidade na construção da jurisprudência, mas também, para a atribuição de segurança jurídica em um sistema em que a plenitude do direito não é conferida pela codificação legislativa.

Em relação a racionalização da atividade jurisdicional, é importante ressaltar o conceito de integridade de Dworkin, segundo o qual, "exige-se dos juízes que tratem o sistema normativo como se este expressasse e representasse um conjunto coerente de princípios, interpretando as normas que constituem esse sistema, de modo a encontrar normas implícitas entre e sob as normas explícitas"³ e o seu conceito de Constituição como "um documento legal superior aos demais que estabelece, atribui e modela as estruturas de governo e que opera como garantia dos direitos fundamentais"⁴.

Destarte, é no contexto de uma hermenêutica atinente a uma Constituição principiológica ou valorativa que se apresenta relevante a valorização dos precedentes judiciais, como conteúdo a balizar a atividade jurisdicional interpretativa, de forma a possibilitar a sua contenção dentro dos baldrames de um Estado Constitucional Democrático de Direito. A jurisdição constitucional, na concretização de princípios e tutela de direitos fundamentais, deve guardar coerência em relação aos seus precedentes judiciais, e integridade em relação aos valores subjacentes à ordem jurídica constitucional em deferência à soberania popular, ao princípio da segurança jurídica e da igualdade, evitando-se o arbítrio

2 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio* de Carlos Bernal Pulido. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 68. "los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas".

3 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261.

4 DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution. We the people in Court. *Alberta Law Review*, vol 28, n. 02, 1990. p. 324.

e o ativismo judicial. Sugere-se, portanto, que a atividade interpretativa seja realizada de forma semelhante ao romance em cadeia proposto de Dworkin, sendo desenvolvido por diversos autores, em que cada julgador é o escritor de uma parcela ou capítulo de um livro em construção.

O desenvolvimento do presente artigo realizar-se-á abordando, em um primeiro momento, a interpretação adequada ao constitucionalismo contemporâneo, uma hermenêutica pós-positivista que abandona o reducionismo tradicional da interpretação à uma atividade meramente cognitivista, declaratória e logicista, que se restringe a fazer uma operação lógica ou matemática de subsunção dos fatos à lei, para a adoção de uma hermenêutica de reconstrução e atualização do direito, de modo a permitir sua adaptação à evolução social, sem, contudo, negligenciar o que já foi construído e registrado nos precedentes judiciais.

Em seguida, serão apresentadas as principais características do sistema de *common law*, de modo a evidenciar as semelhanças com o constitucionalismo contemporâneo, as quais justificam a valorização dos precedentes judiciais na jurisdição do sistema brasileiro de *civil law*, como a natureza principiológica ou valorativa da constituição consuetudinária, a tradição e os costumes como principais fontes de direito e a forma como é desempenhada a atividade jurisdicional.

Como corolário do desenvolvimento anterior, é importante abordar a historicidade dos precedentes judiciais da tradição inglesa, a valorização da continuidade histórica do direito e do ordenamento jurídico e a comparação da atividade jurisdicional à criação de um romance em cadeia nos termos desenvolvidos por Dworkin.

Caminhando para a conclusão, abordar-se-á os deveres dos Tribunais de harmonização da jurisprudência e do microsistema de precedentes judiciais, instituídos pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, como forma de ilustrar como o ordenamento jurídico brasileiro tem promovido a adaptação do processo civil aos novos tempos de constitucionalismo contemporâneo.

1. A interpretação constitucional

O Constitucionalismo Contemporâneo ou Estado Constitucional operou significativas transformações no conceito de direito e de jurisdição do Estado Liberal. O princípio da legalidade que no Estado liberal se apresentava apenas pela perspectiva formal, no Estado Constitucional ganhou como nova

perspectiva, a dimensão material ou substancial⁵, o que produziu, como efeito, a substituição da supremacia do parlamento pela supremacia da Constituição. Assim, o Parlamento ficou subordinado aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais fixados na Constituição⁶.

Como resultado dessa transformação, a jurisdição, que no Estado Liberal possuía uma função meramente declaratória, passou a desempenhar uma função de maior destaque realizando, não só, a reconstrução do direito a partir da interpretação da lei conforme a Constituição e o controle de constitucionalidade, mas também, a aplicação de postulados metanormativos, a exemplo da proporcionalidade, para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

Se antes, no Estado Liberal, a jurisdição apenas declarava a lei ou criava a norma individual para o caso concreto, no Estado Constitucional a jurisdição reconstrói o sentido da lei a partir da Constituição através da sua interpretação conforme o controle de constitucionalidade e da utilização de postulados normativos para solução de conflitos entre direitos fundamentais⁷.

Entretanto, a estrutura axiológica aberta da Constituição e a função judicial de reconstrução do direito, a partir dos valores constitucionais instituiu grave risco de arbítrio judicial, pela abertura à subjetividade nas decisões jurisdicionais, o que estabelece um considerável deficit de legitimidade à jurisdição. Se no Estado Liberal, a atividade jurisdicional era restringida pela perspectiva cognitivista e descritiva da interpretação, que restringia-se a declarar o único significado da norma, e isso era a garantia de que o judiciário não exerceria um poder arbitrário, porque limitada a sua atuação interpretativa à declaração da única exegese possível do enunciado normativo, no Estado Constitucional a atividade jurisdicional passou a ser qualificada pela perspectiva adscritiva da interpretação, a norma constituía o resultado da reconstrução do texto

5 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 53.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume I / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 442.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 110: "Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele reconstrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto".

normativo, a partir da realidade social, qualidade que inseriu o risco de subjetivismo do juiz na decisão.

Dito de outra forma, a partir do constitucionalismo contemporâneo e da transformação do conceito de direito, novas técnicas legislativas, como a utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, instituíram uma equivocidade da linguagem e vagueza das normas deixando a atividade interpretativa sujeita à apreciação subjetiva das questões jurídicas submetidas à decisão jurisdicional. A segurança jurídica, que antes era alcançada pela natureza cognitivista da interpretação, no Estado Constitucional deveria ser buscada por outros meios, como a utilização do método de interpretação da justificação racional das decisões, que envolve a compreensão lógico-argumentativa do direito e a utilização de postulados normativos para tornar a aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais, racionalmente controláveis. Além da técnica lógica-argumentativa do direito, a segurança jurídica pode ser buscada pela utilização dos precedentes judiciais, *stare decisis et non qujeta movere*, como se pretende demonstrar no desenvolvimento desse trabalho.

A transformação do princípio da legalidade, com efeito, não significa apenas a subordinação da lei à constituição, significa, também, uma verdadeira transformação das próprias concepções de direito e de jurisdição, afetando a metodologia de interpretação da Constituição e da legislação e promovendo um redimensionamento da função jurisdicional⁸.

1.1 O sistema jurídico de civil law e a interpretação da lei

No sistema de *civil law*, de tradição romano-germânica, com origem no liberalismo clássico instituído pela revolução francesa, o método de interpretação utilizado pelas cortes judiciais sempre esteve relacionado a uma concepção formalista, legalista do direito. Nessa perspectiva, o juiz deveria apenas subsumir o fato à norma com estrita vinculação ao enunciado normativo, ou meramente declarar a norma preexistente no texto. Há uma separação rígida de poderes, na qual o legislador exerce o juízo político cabendo-lhe elaborar e alterar leis e, ao juiz, neutro, passivo, é atribuída a função de mera aplicação da lei em nome da legalidade estrita e da segurança jurídica. Percebe-se que nesse

8 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 440.

modelo há prevalência da vontade do legislador. Nesse sentido, a legislação é um ato de vontade do legislador com base em seu juízo político, pois, ele foi eleito representante do povo para fazer um juízo político à luz do qual exerce um ato de vontade. Ao passo que, o juiz realiza uma atividade cognitiva, conhece a lei e a aplica ao caso concreto. A jurisdição não é um ato de vontade ou ato político, mas uma atividade meramente cognitiva. Essa concepção corresponde ao pensamento de Montesquieu, segundo o qual, o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei, *la bouche de la loi*⁹. No Estado Liberal ou Legislativo, o juiz possui poder limitado a realização de uma operação matemática, lógica de silogismo¹⁰, voltado a verificar se os fatos correspondem as hipóteses de incidência, abstratamente previstas na lei.

No Estado Legislativo, a segurança jurídica era realizada através da pretensão do legislador de atribuir plenitude ao ordenamento jurídico. A plenitude do direito tinha a função de manter o juiz fora da atividade legislativa restringindo a função jurisdicional à mera declaração da norma preexistente no texto. Dessa forma, o legislador se esforçava para disciplinar todos os detalhes da realidade social, de modo que ao judiciário não remanescesse o mínimo poder de colmatar lacunas legislativas. Além disso, o método sistemático de interpretação constituía um instrumento da plenitude do ordenamento jurídico ao permitir o juiz usar a analogia, e extrair normas implícitas do sistema para a solução das controvérsias jurídicas sem se arvorar em legislador¹¹.

9 MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*. Vol. I et II. Présentation par Victor Goldschmidt. Paris: GM Flammarion, 1979. "(...) *Dans le gouvernement républicain, il est de nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quando il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie*" (Liv. VI, Cap. III). "(...) *Si le tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'on texte précis de la loi*" (Liv. XI, Cap. VI). "*Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*" (Liv. XI, Cap. VI).

10 Nesse sentido, MARINONI. Op. cit., p. 47, "supunha-se que a lógica dedutiva seria suficiente para ligar a norma ao fato para daí se retirar uma decisão".

11 ZAGREBELSKY, Gustav. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2003, p. 32. Nesse sentido, Zagrebelsky ensina que: "com base nessas premissas a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito".

Entretanto, a pretensão de plenitude do sistema de *civil law* do Estado Liberal é uma utopia, ou falsa impressão. Pois, diante da complexidade da realidade social e da velocidade de sua transformação, resulta impossível ao legislador disciplinar todas as situações da vida social. Além disso, a velocidade da mudança exigiria uma grande produção legislativa em proporção impossível de se realizar. Portanto, evidencia-se que a pretensão de se extrair segurança e previsibilidade a partir da natureza cognitiva, declaratória e logicista da jurisdição e a pretensão de plenitude do ordenamento constituem ilusória noção¹².

Nos países de tradição anglo saxônica da *common law*, a previsibilidade e a segurança tinham como premissas exatamente a incompletude do ordenamento jurídico, o poder judicial de interpretar e criar o direito, a partir de princípios gerais de justiça e a instituição de precedentes judiciais vinculantes. Essas características, embora completamente opostas ao sistema de *civil law*, possibilitou toda a construção do sistema jurídico anglo saxônico com grande coeficiente de segurança jurídica.

Percebe-se, portanto, que o modelo de interpretação do Estado Legislativo de feição formalista, cognitivista e declaratória, com pretensão de plenitude através da utilização do elemento sistemático de interpretação, não é adequado ao modelo constitucional instituído a partir da segunda metade do séc. XX, modelo que foi definido pelo professor Canotilho como um "sistema normativo aberto de regras e princípios"¹³.

12 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 162: "A orientação consagrada na Constituição brasileira de 1988, valorizando o Poder Judiciário e, por isso mesmo, ampliando suas atribuições, corresponde a uma tendência generalizada, facilmente perceptível em muitas Constituições modernas ou recentes emendas constitucionais. Essa valorização decorre, em grande parte, do reconhecimento da inadequação dos sistema tradicional de separação dos Poderes. Desde o final do século passado, mas com muita evidência na segunda metade do século vinte, a experiência vem mostrando que o Legislativo não consegue a agilidade necessária para fazer novas leis e modificar as antigas com a mesma rapidez com que ocorrem as mudanças sociais. Na realidade, em sua origem, o Parlamento, que foi a matriz dos Legislativos, não foi concebido como "fábrica de leis" e sim como um órgão de definição de políticas, de fixação de regras fundamentais e de controle do Executivo".

13 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina. Lisboa 2003. p. 991.

1.2 O sistema jurídico de common law e a interpretação da lei

Ao contrário do sistema da *civil law*, caracterizado pela pretensão da burguesia de romper com o regime jurídico, até então estabelecido pela aristocracia feudal e limitar os poderes dos juízes, restringindo-os a declarar as palavras da lei, com a separação rígida de poderes e a supremacia do Parlamento, a *common law*, de tradição jurídica anglo-saxônica¹⁴, trilhou o seu caminho e desenvolvimento de maneira diversa. Na ocasião da disputa de poder entre parlamento e Coroa, os tribunais se alinharam ao lado do parlamento, impedindo a ascensão da Coroa além dos limites estabelecidos pela “*law of the land*”, o direito aplicado no território inglês¹⁵. A revolução gloriosa não pretendia romper com o regime jurídico anterior e com as tradições, mas somente limitar o poder do rei e abolir o absolutismo.

Caracterizou-se, assim, o sistema da *common law*, principalmente, pela força normativa dos usos e dos costumes, constituindo-se em um direito consuetudinário composto por princípios gerais de justiça derivados da tradição e do senso comum, que seriam capazes, a um só tempo, de completar o sistema jurídico e fornecer segurança jurídica ao jurisdicionado.

Ao contrário da *civil law*, que promovia a plenitude do direito por meio da codificação e da atividade legislativa, a *common law* promovia a plenitude do direito por meio da atividade judicial. Dessa forma, para que o sistema pudesse fornecer um certo grau de segurança jurídica, foi dado relevo às construções das teses jurídicas que eram elaboradas pelas cortes judiciais concebendo-lhes um valor normativo e prospectivo. Ou seja, o poder judiciário, ao julgar um litígio, se comprometia não apenas em decidir aquele caso de maneira isolada, como também a elaborar a sua decisão de forma a ser aplicada, no futuro, a todas as situações e posições jurídicas semelhantes, com preocupação em harmonizar passado, presente e futuro.

14 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 37. “Common law – o termo designa o sistema de direito inglês originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas na Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos Tribunais, em oposição às leis promulgadas através do processo legislativo”.

15 PUGLIESI, Wiliam. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

Note-se que a segurança jurídica dos países de *civil law* era proveniente da aplicação direta do texto legal. Já na *common law*, a segurança jurídica adivinha em razão do respeito às decisões judiciais passadas.

A regra de precedentes e *stare decisis et non quieta movere* passou a ocupar um local de respeito na *common law*¹⁶ a partir do séc. XVIII, sendo adotada com maior firmeza¹⁷. Na *common law*, as decisões judiciais constituem o reflexo da tradição e do contexto histórico, as quais são dotadas de força normativa para vincular as decisões futuras em relação a questões semelhantes às abordadas nesses precedentes. Tradição, no sentido que lhe deu Martin Heidegger, de uma transmissão, a qual o sujeito da compreensão não pode renunciar¹⁸.

O legislador da *common law* possuía um espaço reduzido na criação do direito, pois a tradição, os usos e os costumes do povo inglês constituíam a principal fonte de direito, fundamento das decisões judiciais que eram positivados através da força vinculante dos precedentes judiciais.

É possível perceber, então, que desde a sua origem, a *common law* tinha como fonte de direito os costumes e os princípios, permitindo aos juízes, inclusive, negar vigência a atos do parlamento que se manifestassem contrários as tradições da “*law of the land*”, embrião do *judicial review*.

A ideia da *common law* relaciona-se à *ratio decidendi* das decisões sobre questões jurídicas, na qual se revela a conformação dos princípios e valores à realidade subjacente. Ou seja, através do exame dos fatos, o juiz determinava os efeitos que deles decorriam estabelecendo força vinculante às razões jurídicas deduzidas na fundamentação. Tratava-se, pois, de analisar os princípios e valores inerentes aos fatos jurídicos submetidos à apreciação judicial. Assim, fixa-se ideia de respeito às decisões passadas, dando continuidade ao raciocínio elaborado pelas Cortes, de modo a manter a tradição e a coerência,¹⁹ os quais devem permear todo sistema

16 PUGLIESE, Wiliam. Op. cit. p. 35.

17 RAMIRES, Maurício. **Crítica a Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 65. “Sempre houve nos tribunais da *common law* a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para solucionar um litígio presente”.

18 Idem. p. 96.

19 PUGLIESI, Wiliam. **Precedentes e a *civil law* brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47. “Vê-se, assim, que o *stare decisis* não foi instituído na *common law* por lei, ou por qualquer ato de autoridade. Surgiu a necessidade de coerência e de igualdade, como forma de se garantir um tratamento isonômico a todo o jurisdicionado de legitimar as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, que sofre de um deficit democrático”.

jurídico. O direito, portanto, é reconstruído a partir do esforço conjunto de todos os juristas²⁰, que deve ter como valor essencial a tradição, de forma a estabelecer previsibilidade às decisões, segurança jurídica e tratamento judicial isonômico às partes que se encontrem em situação de semelhança.

2. Os precedentes judiciais e sua característica histórica

Registra-se neste trabalho a existência de um importante elemento que se faz presente na essência dos precedentes judiciais e que, graças a ele, conseguiu-se atingir certos objetivos constitucionais, como a efetivação do princípio da segurança jurídica, da continuidade (horizontalidade) do ordenamento jurídico e o princípio da igualdade. Qual seja, a tradição.

Em virtude da preservação de um entendimento (tradição), de um certo respeito aos trabalhos realizados, anteriormente, pelos órgãos de decisão, que se faz possível construir um ponto de vista íntegro e coerente sobre determinado direito. Definir o âmbito de proteção e o conteúdo do direito é tarefa que demanda tempo e a construção de um raciocínio linear. É inviável ou até mesmo irracional, pensar que uma decisão judicial pode ser construída de uma estaca zero, sem se virar o pescoço para trás, para se analisar os fundamentos e os entendimentos já preexistentes, como se fosse possível realizar a interpretação de determinado direito de maneira isolada (solipsista), como se o próprio intérprete não estivesse inserido na realidade que o rodeia, não sendo integrante dela²¹.

Assim como um poeta não inventa livremente a sua fábula, por mais que imagine que o faça, pois antes de sua produção ser fruto de seu livre arbítrio, ele dirige-se a espíritos já preparados²², os intérpretes da norma também estão sujeitos a essa mesma lógica, pois, não prescindem de proceder a pesquisa de

20 RENÉ, David. **Os Grandes Sistemas de Direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 123.

21 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Em Revista do Processo, vol. 263/2017, pág. 335 a 396. Jan. 2017. DTR 2016/24937. Disponível em: <https://www.academia.edu/31102542/OS_PRECEDENTES_JUDICIAIS_O_ART_926_DO_CPC_E_SUAS_PROPOSTAS_DE_FUNDAMENTAÇÃO_UM_DIÁLOGO_COM_CONCEPÇÕES_CONTRASTANTES>. Acesso em: 12 de jun 2017.

22 GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª edição. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. 1997, p. 94.

decisões anteriores, para promover uma análise sistêmica e em conjunto das questões presentes.

A continuidade da tradição, obsequiosa dos entendimentos jurisprudenciais consolidados, não implica numa repetição mimética das decisões passadas. Ao inverso, a postura do juiz frente à tradição é a de diálogo e não de submissão²³.

A virtude de respeitar a tradição não configura ato de passividade²⁴, pelo contrário, constitui critério de legitimidade da jurisdição e fator de promoção da segurança jurídica e dos direitos fundamentais no sistema de *common law*. A partir do momento em que uma decisão judicial determina o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e fixa o seu núcleo essencial, nada mais desejável do que preservá-la nos futuros casos semelhantes, *treat like cases alike*, a fim de promover uma igualitária prestação de tutela jurisdicional dos direitos e segurança jurídica.

As semelhanças ao sistema de *common law* introduzidas no sistema da *civil law* a partir do constitucionalismo contemporâneo e as novas atribuições da jurisdição fez a doutrina pensar em uma nova forma de promoção da segurança jurídica, haja vista o risco de subjetivismos judiciais na atividade jurisdicional. A utilização de um instituto típico da *common law*, a força vinculante dos precedentes judiciais e a *stare decisis et non quieta movere*, destarte, parecem ser o meio mais eficaz, pois instituiu indispensável previsibilidade à atuação judicial e limite substancial ao intérprete na fundamentação de sua decisão, pois não poderá utilizar um fundamento subjetivo, alheio à *ratio decidendi* e aos princípios constitucionais para justificar sua decisão. Trata-se da introdução do elemento histórico do método jurídico de interpretação²⁵ como meio de garantir coerência e integridade ao ordenamento jurídico.

De outra banda, a interpretação não pode conduzir a uma cristalização da Constituição, um congelamento de entendimentos sob determinados assuntos, ignorando as oscilações sociais e a liquidez da vida moderna, sob pena de fomentar momentos de rupturas constitucionais, já que a realidade social

23 RAMIRES, Maurício. *Crítica a aplicação de precedentes no direito Brasileiro* p. 100.

24 *Ibid*, p. 100.

25 MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de crise do Estado Social*. Tomo II, Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 642, “o significado dado a uma norma constitucional por decisões anteriores do Tribunal Constitucional afirma-se como uma referência histórica do processo interpretativo, já que o mesmo Tribunal, por razões de estabilidade, continuidade e coerência, tende a tomar esse significado como padrão para ulteriores decisões que envolvam a interpretação da mesma norma”.

evolui e o ordenamento jurídico deve acompanhar o seu progresso. Assim, se a realidade, objeto da norma, se alterar, nada mais natural que sua interpretação leve em consideração o novo contexto, para que o ordenamento jurídico constitucional tenha uma eficácia ótima em seus múltiplos objetivos. Exatamente por isso, que a Teoria dos precedentes judiciais traz consigo os institutos do *overruling e distinguishing* para dar suporte às mudanças de entendimento que se fazem necessárias pela alteração do ambiente normativo. Nesse contexto histórico exsurge a metáfora do romance em cadeia de Dworkin, segundo a qual a atividade interpretativa deve considerar a história jurisprudencial para reconstruir o direito sem promover rupturas com a tradição jurídica.

3. A interpretação com base na teoria da integridade de Ronald Dworkin e seu romance em cadeia

A utilidade dos precedentes judiciais na atividade jurisdicional de países de *civil law* fica evidente, a partir da ideia de Dworkin do romance em cadeia ou dos precedentes judiciais como prática institucional à semelhança da construção dos capítulos de um romance²⁶. Ou seja, o juiz ao julgar um caso concreto, escreve um capítulo do romance, devendo, para tanto, partir do capítulo anterior, para depois seguir para o próximo.

Para Dworkin, a interpretação jurídica constitui-se na continuação de uma história institucional do direito, a qual se desenvolve considerando-se as inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas²⁷. À semelhança do escritor, a responsabilidade do intérprete é a de dar continuidade aos entendimentos consolidados, sob pena de cada capítulo dessa história institucional perder o seu fundamental atributo de coesão. Transplantada essa ideia, o desafio posto para os julgadores é de reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso, o levará a construir um sistema

26 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217 e ss.

27 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238. “Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo de empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele fez agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”.

baseado em princípios jurídicos capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição²⁸.

Trata-se de erro grosseiro considerar que as decisões judiciais sejam resultado de uma exegese isolada. Pensar que o juiz tem o poder de julgar sem considerar as decisões anteriores fixadas pelos Tribunais Superiores é desconhecer que o magistrado é apenas um componente do sistema jurídico de distribuição da justiça e, mais do que isso, que o sistema não serve a ele, e sim a toda a comunidade.

São notáveis os esforços empreendidos pela comissão de juristas encarregados da elaboração do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, para a instituição dos precedentes judiciais no sistema jurisdicional brasileiro. Os artigos 926 e 927 desse novo diploma processual, além de deixar expresso o dever dos Tribunais de harmonização da jurisprudência, criou um microsistema de precedentes judiciais, que no constitucionalismo contemporâneo constituem fator imprescindível de coerência, estabilidade e integridade das decisões judiciais, além de fomentarem a igualdade e a segurança jurídica.

4. Novo Código de Processo Civil – precedentes judiciais e deveres de coerência, integridade e estabilidade

A comissão de juristas e o legislador responsáveis pela concepção e elaboração do Novo Código de Processo Civil, percebendo a necessidade de se conferir maior racionalidade à atividade jurisdicional e de adaptar o processo civil ao constitucionalismo contemporâneo²⁹, atribuiu aos Tribunais o dever de uniformizar a jurisprudência mantendo-a coerente, íntegra e estável³⁰. Além disso, o novo código criou um microsistema de precedentes judiciais

28 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes**. Em Revista do Processo, vol. 263/2017, p. 335 a 396. Jan. 2017. DTR 2016/24937. Disponível em: <https://www.academia.edu/31102542/OS_PRECEDENTES_JUDICIAIS_O_ART_926_DO_CPC_E_SUAS_PROPOSTAS_DE_FUNDAMENTAÇÃO_UM_DIÁLOGO_COM_CONCEPÇÕES_CONTRASTANTES>. Acesso em: 12 de jun 2017.

29 ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo I**. vol.235/2014. set. 2014. DTR2014/9800, p.293-349.

30 BRASIL. Lei 13.103, 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>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ao determinar que os Juízes e os Tribunais deverão observar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e, em especial, repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial, aos quais estiverem vinculados³¹.

O artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, ao normatizar o dever dos Tribunais de uniformização da Jurisprudência atribuindo-lhe coerência, integridade e estabilidade, deixou expresso um dever que se extraía de forma implícita do sistema jurídico como um todo. Esses deveres poderiam ser deduzidos da atribuição dos Tribunais Superiores de uniformizar a interpretação atribuída a Constituição, STF, e à legislação infraconstitucional, STJ. Parece desarrazoado e inconcebível que, não obstante, a competência dos Tribunais superiores seja a de uniformizar a jurisprudência, os Tribunais e juízos inferiores se irrogam na faculdade de discordar e desconsiderar à *ratio decidendi* do acórdão precedente, dando uma interpretação completamente distinta ao dispositivo legal e decidindo, muitas vezes, de maneira oposta. Em primeiro lugar, pela dimensão continental do Brasil, seria instituído o caos e a insegurança, pois cada Tribunal Regional conceberia um direito diferente desconstituindo a sua unidade no território nacional e estabelecendo a iniquidade pela violação do princípio da isonomia.

A noção de sistema, de unidade harmônica e de partes que se completam de forma coordenada para a realização de um fim, não permite que uma parcela destoe no seu funcionamento das demais parcelas, sob pena dos desvios originarem elementos de desintegração da unidade. O exercício da atividade jurisdicional, para ser legítima e se conter dentro dos limites democráticos, não pode ser realizado de forma livre e independente, invocando razões externas ao direito, mas está vinculado aos valores, princípios e a tradição da sociedade, formalizados não só pela Constituição, mas também, pela conformação judicial fixada nos precedentes judiciais. O juiz e os Tribunais não podem fixar entendimentos desconsiderando o sistema jurídico, não podem se manter em uma posição solipsista, mas deve considerar toda a construção jurídica realizada pelos Tribunais superiores de modo a manter a coesão do sistema jurídico, realizando a continuação das decisões anteriores para a construção do direito.

31 BRASIL. Lei 13.103, 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>. Acesso em: 12 jul 2017.

A jurisdição brasileira, portanto, deve se adaptar a nova realidade constitucionalista do direito, utilizando-se de técnicas interpretativas mais adequadas ao Constitucionalismo contemporâneo, de modo a preservar a coerência, a integridade e a estabilidade. O que exige uma fundamentação argumentativa que não desconsidere a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais e da utilização de métodos que permitam a harmonização dos direitos fundamentais e dos valores subjacentes à realidade social³².

Conclusão

Diante do exposto, pode-se concluir que as transformações provocadas pelo constitucionalismo contemporâneo à concepção de direito do Estado Liberal exigiu a visualização de novas dimensões da jurisdição constitucional, como o controle de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição e o controle da omissão legislativa. Exigiu também a utilização de novos métodos de interpretação como a utilização de postulados normativos essenciais à harmonização do sistema. Outrossim, impõe a valorização dos precedentes judiciais, como forma de atribuir racionalidade ao sistema e manter a estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência. A visualização complexiva da jurisdição, de modo a abranger todas essas práticas, métodos e deveres é a mais adequada à visão constitucionalista do direito, pois é imprescindível à garantia dos direitos fundamentais, especialmente os da segurança jurídica, equidade, isonomia e tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

A prestação jurisdicional, realizada ao tempo do Estado Liberal, não mais se presta para atender aos objetivos do Estado Constitucional. A rígida separação de poderes concebida por Montesquieu, como forma de reduzir o poder judiciário a simples *bouche de la loi* na época do liberalismo clássico, hoje diante de uma

32 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o arti. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista do Processo*, vol. 263/2017, p. 335-396. Jan. 2017. DTR 2016/24937. Disponível em: <https://www.academia.edu/31102542/OS_PRECEDENTES_JUDICIAIS_O_ART_926_DO_CPC_E_SUAS_PROPOSTAS_DE_FUNDAMENTAÇÃO_UM_DIÁLOGO_COM_CONCEPÇÕES_CONTRASTANTES>. Acesso em: 12 jul 2017. Uma advertência deve ser feita ao leitor e ao intérprete do sistema antes de continuarmos: a estruturação normativa de um sistema de precedentes não pode (nem deve) representar a defesa de um modelo jurisprudencialista de aplicação (nem mesmo de ensino jurídico) como se o direito fosse apenas visto sob a perspectiva dos juízes, eis que jamais se deve reduzir o sistema jurídico a uma construção jurisprudencial”.

legalidade substancial e de supremacia da constituição não consegue atribuir equidade e segurança jurídica ao sistema. Decorre implicitamente, do sistema a exigência de racionalidade da atividade jurisdicional, todavia, a comissão de juristas e o legislador, ao conceber e elaborar o CPC/15 resolveu criar um microsistema de precedentes judiciais e estabelecer o dever de harmonização da jurisprudência dos Tribunais.

A constituição de um sistema jurídico coeso, à semelhança de um romance em cadeia, e íntegro cuja unidade não se deixa vulnerar pela interpretação negligente da *ratio decidendi* dos precedentes que, no mínimo, deve ser persuasiva, é condição indispensável à segurança jurídica. Essa forma mais ampla de prestação da jurisdição estatal pediu um novo meio de garantir a segurança jurídica. No tempo do Estado Liberal, era promovida pela ideia de plenitude do direito e no Estado Constitucional é promovida pela valorização dos precedentes judiciais e *stare decisis et non quieta movere*.

O romance em cadeia de Dworkin é a metáfora perfeita da jurisdição constitucional do Estado Constitucional, cuja origem no sistema de *common law* revela as semelhanças, daí decorrentes, que o constitucionalismo contemporâneo inseriu no sistema de *civil law*, o que justifica a necessidade de utilização de um instituto tipicamente anglo saxônico, os precedentes judiciais, nos sistemas de tradição romano germânica.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008.

BRASIL. **Lei 13.103, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution. We the people in Court. **Alberta Law Review**, vol. 28. n.02, 1990, p. 324-346.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume I** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, **De L'esprit des lois**. Vol. I et II. Paris: résentation par Victor Goldschmidt. GM Flammarion, 1979.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. Tomo II, Vol. 2., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o arti. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista do Processo**, vol. 263/2017, p. 335-396. Jan. 2017. DTR 2016/24937. Disponível em: <https://www.academia.edu/31102542/OS_PRECEDENTES_JUDICIAIS_O_ART.926_DO_CPC_E_SUAS_PROPOSTAS_DE_FUNDAMENTAÇÃO_UM_DIÁLOGO_COM_CONCEPÇÕES_CONTRASTANTES>. Acesso em: 12 jul 2017.

PUGLIESI, Wiliam. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** 2. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978.

ZAGREBELSKY, Gustav. **El derecho dúctil.** Madrid: Trotta, 2003.

Política, mercado e relações ideológicas de troca, a partir da justiça social

Policy, market and relationships' ideological of exchange from social justice

*Carlos Eduardo Koller
Marcia Carla Pereira Ribeiro*

Resumo: É muito comum a presença do *lobby* nas democracias ao redor do mundo em que negociatas em troca de favores ou da simples manutenção do poder são realizadas a todo instante. Para isso ocorrer basta que a iniciativa privada capture as necessidades mais gerais, e vice-versa. A política brasileira tem mostrado na prática mais criatividade que o cinema, demonstrando que grandes casos de corrupção e escândalos envolvendo companhias estatais desembocam em graves crises econômicas, com agentes envolvidos que se assemelham a uma sofisticada trama cinematográfica. A partir de um conceito econômico de política, contemplativo de um mercado de ideias, pretende-se demonstrar que, assim como ocorre nos mercados tradicionais, o fluxo pela troca constante, acarreta num segundo momento, a noção de concorrência. Uma vez presente a competição de ideias haverá política. A teoria da Escolha Pública também será tratada em conjunto com a Análise Econômica do Direito.

Palavras-Chave: Política. Mercado. *Lobby*. Direito e Economia.

Abstract: Democracies' Lobby around the world is very common. Negotiations in exchange for favors or simple maintenance of power are carried out at all times. For this, it's enough that the private initiative captures the more general needs, and reciprocally, so that the possibility of the exchange exists. Brazilian's politics has shown in practice more creativity than cinema, demonstrating that large cases of corruption and scandals involving

state companies lead to serious economic crises, with agents involved that resemble a sophisticated filmmaking. From an economic concept of politics, contemplative of a market of ideas, it's tried to demonstrate that, as it happens in the traditional markets, the flow through the constant exchange, entails in the second moment, the notion of competition. Once there is competition of ideas there will be politics. The theory of Public Choice will also be treated in conjunction with the Law and Economics.

Keywords: Politics. Marketplace. Lobby. Law and Economics.

Introdução

Luigi ZINGALES em sua obra “Um capitalismo para o povo” adverte que tanto a regulação intensa das economias pelo Estado, quanto o distanciamento da intervenção trazem problemas muito semelhantes, em termos de desenvolvimento econômico e de justiça social. No primeiro caso, a intensa intervenção permite a captura dos interesses mais gerais pela iniciativa privada, produzindo a formação de colusões políticas: em sentido geral, o *lobby*. Já a baixa regulação do Estado na economia, por sua vez, permite a formação de grandes grupos de poder (verdadeiros monopólios) que tenderão a abusar do seu poder econômico, tornando-se empresas *grandes demais para falir*¹.

Neste artigo será abordada a Teoria da Escolha Pública, justamente por pautar-se no interesse que os economistas têm no campo dos processos políticos. Outra premissa de análise está localizada no comportamento do político como um homem econômico que visa à maximização de seu autointeresse. Os grupos de interesse, os partidos políticos, o processo eleitoral, bem como, a burocracia dos países, apontam para a possibilidade de captura de interesses econômicos privados pelos agentes públicos. Referidos interesses movem projetos e propostas que, em geral, ou são financiados pela iniciativa privada (que atua por detrás dos processos eleitorais) ou pelo próprio Estado (em atitude, nitidamente, antidemocrática).

Parafrazeando-se Douglass NORT², as regras do jogo importam na democracia e protegem-na das suas naturais distorções. Diante dos muitos

1 ZINGALES, L. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015, p. 04.

2 NORTH, Douglass. **Economic Performance Through Time**. The American Economic Review (Jun., 1994), v.º 84, n.º 3, p. 359.

agentes envolvidos no processo eleitoral, tais como: integrantes do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, as instituições de um modo geral, buscam garantir que as regras representem um aparato de proteção ao próprio processo legislativo. Por isso, a importância de sua manutenção e respeito para a promoção da justiça social. O aparato institucional, no entanto, não libera o processo da existência de interesses dissonantes com os da justiça social e da formação do *lobby*.

Ademais, o caráter temporário do mandato de um político interfere, substancialmente, nas políticas públicas por ele adotadas. Quer-se dizer, uma ação governamental que demore muito para externalizar algum resultado, nem sempre é desejável, tendo em vista que os eleitores cobrarão resultados e, politicamente, pode não ser um bom indicativo para aquele que deseja se reeleger. Ações do governo que apresentam resultados mais imediatos são preferíveis em uma democracia representativa, ainda que tragam consequências artificiais (como um programa ou política pública que opere com fundos limitados, também serão, por sua vez, limitados em termos de resultado prático).

Este artigo procura levar o leitor a uma reflexão pautada no comportamento econômico dos agentes políticos e demonstrar a existência de relações de mercado, em situações incomuns.

1. Mercado Econômico e Não Econômico: elementos da escolha política

Convém definir dois atributos essenciais ao homem econômico, que é o agente comum no Mercado Econômico e Não Econômico, que se pretende apresentar.

O homem econômico é dotado de racionalidade, atributo que já foi considerado ilimitado pelos economistas clássicos. Assim, ele faz suas escolhas pautado em seu poder de seleção. E, a partir dessa racionalidade plena, resulta sempre numa opção pelo menor preço e numa escolha pelo melhor produto ou serviço disponível no mercado. Ele também é conduzido por um individualismo metodológico que lhe assegurava o egoísmo e protege a sua racionalidade³. Por

3 PEREIRA, P. T. A teoria da escolha pública (*publicchoice*): uma abordagem neoliberal? Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Lisboa: *Análise Social* v.º xxxii, 1997, p. 423-4.

tudo isso, é possível afirmar que “egoísmo e racionalidade, nas escolhas, são os principais atributos do *homo economicus*”⁴.

É, contudo, o egoísmo que lhe permite a sobrevivência num mundo de concorrência, alimentado por relações competitivas, num mercado que não se limita ao conceito que lhe é tradicionalmente reconhecido. Por isso, as implicações desse conceito merecem uma análise propedêutica: a distinção entre mercados econômicos e não econômico.

1.1 Mercado econômico

O mercado econômico possui elementos característicos, tidos por muitos economistas como figuras pleonásticas, a saber: a oferta e a demanda.

A oferta e a demanda são as forças que fazem as economias de mercado funcionar. São elas que determinam a quantidade produzida de cada bem e o preço pelo qual o bem será vendido. Se quiser saber como a economia será afetada por qualquer acontecimento ou política, você precisa pensar primeiro, em seus impactos sobre a oferta e a demanda⁵.

Outras hipóteses acabam interferindo na mecânica da oferta e da demanda, tal qual ocorre com a própria concepção dos mercados, quando considerados perfeitos ou não. Têm-se, assim, alguns determinantes da demanda de um mercado, pontualmente: (i) preço, (ii) renda, (iii) preço dos bens substitutos, (iv) preço dos bens complementares, (v) gostos/preferências, (vi) expectativas, (vii) arcabouço legal, (viii) número de consumidores⁶.

O preço afeta a quantidade demandada de modo inverso, ou seja, partindo-se de sua elevação nos mercados, a redução da demanda é consequência. A renda afeta a lei da oferta e da demanda, especialmente sobre a demanda, de duas formas, pois com o seu aumento, tem-se, conseqüentemente, o aumento na quantidade demandada do bem. Todavia, o mesmo aumento na renda dos

4 PEREIRA, P. T. *A teoria da escolha pública (publicchoice): uma abordagem neoliberal?* Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Lisboa: *Análise Social* v.º xxxii, 1997, p. 424.

5 MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 3. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 63.

6 ARAUJO JÚNIOR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. *Microeconomia*. In: TIMM, L. B. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 51.

consumidores pode reduzir a quantidade demandada do bem, ocasião em que este passa a ser considerado um bem inferior⁷.

Quanto ao preço dos bens substitutos, diz-se que: “o aumento no preço do substituto produzirá um aumento na quantidade demandada do bem, e tudo o mais é mantido constante”⁸. Veja-se, por exemplo, um fato incontroverso no mercado de consumo brasileiro: a busca por aparelhos de telefone celular, com disputa acirrada entre os sistemas *Apple* e *Android*, sendo este último comum na grande maioria dos *Smartphones*. Na compra, o consumidor faz opção pela *Apple*, tomando sua decisão com base em uma premissa, muitas vezes, não racional, tendo em vista a proximidade dos modelos e a qualidade equivalente dos produtos, pois é inegável que o primeiro atende a critérios de luxo e é destinado a consumidores mais exigentes.

Essa conclusão pode ser facilmente detectada no exemplo acima, partindo-se do pressuposto de que os aparelhos *Apple* não possuem equivalentes no mercado, por um preço inferior (não possuem bens substitutos). A conclusão prevalece ao se considerar o preço desses produtos ou levando-se em consideração os próprios pontos de venda que, mesmo possuindo uma alta busca em determinado momento, reduzem propositalmente a oferta. Essa estratégia permite tornar o bem ainda mais raro e estimula a formação de filas de consumidores interessados em um lançamento ou novo modelo de aparelho, tecnologicamente, mais promissor.

Já o preço dos bens complementares (poderíamos imaginar uma tela de proteção para o *Smartphone*) importa em outra consequência para a curva da demanda, visto que o aumento no preço, desses bens, tende a reduzir a sua quantidade demandada⁹.

Frise-se que, em todos esses processos, a escolha, para além da racionalidade plena econômica, expressa gostos e preferências que, conjuntamente, com as expectativas, interferem no resultado, como afirmado acima quando do estudo da racionalidade limitada¹⁰.

7 ARAUJO JÚNIOR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. *Microeconomia*. In: TIMM, L. B. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 51.

8 *Ibidem*, p. 51.

9 ARAUJO JÚNIOR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. *Op. cit.*, p. 51.

10 “Trata-se de aspectos relacionados a sentimentos que afetam o pensamento racional, afastando-o ocasionalmente. Nesta circunstância a ação econômica não se opera pela consciência da adequação

Além dos elementos, tipicamente, pontuados como associados ao mercado econômico (oferta, demanda, preço, escolha, substituição), o ambiente regulatório, também, interfere no aumento ou diminuição do consumo, pois, a norma tem a possibilidade de estimulá-lo (barateando) ou restringi-lo (criando barreiras e diminuindo a oferta). Conclui-se, então que, a Lei tem o poder de influenciar os mercados, alterando a estrutura de incentivos dos agentes¹¹, podendo propiciar, inclusive, como indicado, o aumento dos agentes que passam a adquirir produtos, gerando incremento em sua produção. Assim, quando os agentes econômicos atuam sobre os agentes políticos, com vistas à obtenção de benefícios individuais, opera-se o que a economia caracteriza como *rent-seeking*.

1.2 Mercado não tradicional: a hipótese política para a promoção da justiça social

Sobre os processos de escolha, a partir da premissa de que os mercados não são apenas aqueles, tradicionalmente, associados aos elementos indicados no item anterior, é possível ampliar sua visão, a fim de permitir o enquadramento das escolhas, no ambiente político.

Se o individualismo metodológico, nos seus componentes de *individualismo*, racionalidade instrumental dos agentes e motivação egoísta, é usado pelos economistas para a análise do comportamento dos agentes (consumidores e firmas) no mercado, parece consistente usar a mesma abordagem nos mercados políticos. Dito por outras palavras parece existir uma inconsistência em assumir que os agentes, quando atuam nos mercados privados, são egoístas, mas, quando atuam no mercado político, são altruístas e prosseguem o interesse público¹².

do negócio, mas para a satisfação de um querer". Cf.: RIBEIRO; M. C. P. Racionalidade Limitada. In.: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 67.

11 "Por exemplo, a ameaça de prisão para aqueles que demandem armas ilegais pode diminuir a demanda por estas armas (e, eventualmente, estimular o mercado de armas legais)". Cf. ARAUJO JÚNIOR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. *Op. cit.*, p. 51.

12 PEREIRA, P. T. *Op. cit.*, p. 425.

Partindo desse raciocínio, se pode afirmar que a concepção tradicional de mercado é, em alguma medida, visualizada na política (mercado não tradicional). Essa consequência permite que alguns elementos do conceito econômico de mercado possam ser aplicáveis também na política, tomado como sendo um mercado de ideias protegido do monopólio e pensado, a partir de estratégias que garantam a sua eficiência, garantindo-se, também, a justiça social. Nessa linha de pensamento sugerida, é possível um avanço no sentido de questionar as implicações do conceito de política, como mercado de ideias, e se os atributos reconhecidos ao mercado (pluralidade de agentes e eficiência) podem ser tomados em sentido idêntico.

Por outro lado, a pluralidade de agentes políticos permite aos cidadãos maiores opções de escolhas, conforme forem maiores as opções dos planos políticos, todas em um ambiente de concorrência. Sendo assim, direitos como a igualdade e a solidariedade dos cidadãos ficariam mais protegidos da formação do *lobby* e de distorções naturais da política e do poder. Estaria aí, outra forma de garantia da Justiça Social.

Ademais, o excesso de regulação dos *mercados políticos de ideias* pode alterar, substancialmente, os resultados pretendidos pelas normas que protegem direitos sociais. A política pública de alívio à pobreza, no Brasil, foi um bom exemplo disso, porque muitas pessoas passaram a receber o benefício, em caráter exclusivamente de apoio, e, portanto, meramente formal, porque suas situações econômicas não se alteraram substancialmente, mas o elemento voto para o candidato a cargo eletivo que concebeu dita política permaneceu garantido.

De nenhuma forma, a condição de vida dos beneficiários melhorou significativamente. Pior, agora que o recurso econômico da política esvaziou-se, inúmeros benefícios foram cortados, fazendo com que os sujeitos retomem ao estado de miserabilidade em que se encontravam anteriormente à política. Ou seja, a ação do governo consumiu recursos e não atingiu o fim para o qual foi concebida. Garantiu, todavia, o voto.

2. Democracia, trocas ideológicas e formação do *Lobby*

Estabelece-se agora algumas conexões entre os processos eleitorais e democráticos de assunção ao poder, e as relações do homem econômico, no mercado político. Tomando-se, inicialmente, o preço, pergunta-se: Qual seria o valor de um voto? Seria possível comprá-lo de forma lícita, talvez imperceptível?

Imagine um dado estrato da população brasileira: aqueles muito sensíveis às questões sociais ou necessitados de alimentos, que vivem na faixa da pobreza extrema de um lado, e na outra ponta uma política pública (ação programada de um governo que visa a atingir a justiça social) dirigida à eliminação da fome, ligada a determinado partido político (idealizador do programa) com a intenção de capturar o maior número de votos dos sujeitos mais sensíveis aos programas de cunho social ou que simpatizam com teorias distributivas. Provavelmente, os mais necessitados teriam medo de alterar seu voto, já que correriam o risco de perder o benefício. Já, os adeptos de uma teoria de justiça distributiva poderiam sentir-se culpados pela injustiça econômica, caso no exercício do direito de voto, optassem por uma outra linha política.

Nas duas situações acima referidas, seria difícil fazer um enquadramento como categorias de captura imoral de votos, pois há justificativas para que as políticas públicas de alívio à pobreza possam ser utilizadas para retirar as pessoas da faixa da miserabilidade e, até então, não haveria condições de identificar qualquer deslize que pudesse ser enquadrada como de compra de votos, apesar de o fortalecimento de uma situação de dependência de beneficiários a determinados programas (que deveriam ser transitórios) está dotado de efeitos nefastos, em termos sociais e econômicos, qual seja, produzir o efeito *hold up*, torná-los reféns. Nessas circunstâncias, não se conduz o cidadão a uma planejada transição para a autonomia, mas sim, a uma verdadeira captura, em que ele passa a ser o titular de um voto a um preço estimável.

A renda é outra variável do mercado tradicional que se associa ao poder de compra dos consumidores. Para o enfoque específico desse artigo, seria o correspondente ao poder de decisão dos eleitores pelo voto. Assim, o poder de decisão estará, normalmente, associado as ações ou promessas de governo adotadas pelo candidato. Quer dizer: um eleitor que tenha interesse no agronegócio, provavelmente, votará num candidato que esboce um programa de ação política que o protegerá de interferências indesejáveis do Estado referentes ao seu negócio ou beneficiará seu segmento de outra forma. Portanto, a renda do eleitor e o programa específico do executor (político eleito) estão ligadas, umbilicalmente.

Gostos e preferências afetos ao mercado, também, podem ser identificados no âmbito político, agora esboçado nas mais variadas ideologias. A título de exemplo, cita-se o caso brasileiro da Presidente Dilma Rousseff, que até o momento da elaboração deste artigo está afastada por processo de impedimento. Desconsiderando as causas que levaram o processo ao seu estágio atual, o mais

interessante é focar nos eleitores e em suas preferências ideológicas, pois, por mais que eles estejam cientes da péssima administração da Presidente afastada, e da extrema dificuldade dela em se relacionar com os demais partidos políticos no Congresso Nacional Brasileiro, dificilmente seu argumento defensivo identificará falhas em sua na gestão política, o que se considera como uma decisão irracional, assim como no mercado econômico, oriunda de uma preferência ideológica, muitas vezes míope em relação às deficiências das próprias ações do governo eleito, democraticamente.

As variáveis acima mencionadas compõem a linha de argumentação da Teoria Econômica Clássica. Mas, há uma perspectiva para a temática deste artigo de que não partiria apenas dos pressupostos clássicos, mas que também, pode levar em conta a importância do tempo e das instituições como variáveis econômicas que interagem entre si¹³.

A pretensão de qualquer abordagem mais profunda sobre a Nova Economia Institucional, o papel das instituições e a política ensejaria um novo trabalho. Por essa razão, o artigo está limitado a algumas considerações sobre a relação entre o Poder Judiciário brasileiro e a política, tomado num dado espaço de tempo, num contexto de punição e da delação premiada, em matéria de corrupção. Como as instituições são o pano de fundo das trocas no mercado e do processo produtivo, o respeito ao seu funcionamento torna-se imprescindível¹⁴. Dito de outra forma, instituições fortes e eficientes que tragam resultados efetivos para a população ganham, automaticamente, respeito e estabilidade¹⁵.

Recentemente foi deflagrada pela polícia federal, no Brasil, uma operação intitulada Lava Jato. Nela alguns políticos e empresários do alto escalão foram presos, vários já foram condenados por corrupção ativa e passiva, pagamento de propina, troca de favores e favorecimentos políticos, em detrimento do patrimônio público. Por isso, a população percebe a presença de um Poder Judiciário novo, em que um juiz hercúleo e corajoso, finalmente, vem de forma inovadora julgando e condenando diversos poderosos.

13 NORTH, D. *Op. cit.*, p. 361.

14 MUELLER, B.; CAMPOS, N.; IOOTTY, M. *Legal Institutions and Firm Performance in Brazil*. Brasília: Economic Analysis of Law Review, v.º 04, Jan-Jun, 2013, p. 36.

15 TAMANAHA, B. Z. *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009, p. 214.

Em paralelo, alguns fatores que hoje despontam na realidade brasileira carregam, em si, alguns graves riscos, como por exemplo: um Poder Judiciário altamente comprometido com resultados políticos e propício a modificar uma conformação política, que havia sido estabelecida por meio do voto. Por esse prisma, não há como negar a grave crise político-institucional que está em pleno desenvolvimento no país, e que, não surpreendentemente é também uma grave crise econômica.

A importância do respeito às regras democráticas, assim como, o respeito aos contratos e às leis formam outro paralelo possível de ser estabelecido, sem os quais, muito dificilmente estará disponível um ambiente político, de justiça social e econômico saudáveis. Por isso “usar a teoria do Direito para melhor compreensão das instituições sociais”¹⁶ é um meio de ressaltar uma interação saudável entre as instituições, também, no campo da política.

Em síntese, para ser eleito no regime democrático, o homem econômico precisa dos votos, da estabilidade das instituições democráticas e de certa previsibilidade das variáveis que, assim como no mercado, sofrem interferência da racionalidade econômica. Interferência esta que enseja ações planejadas para determinados fins, investimentos em campanhas eleitorais, apostas em ideologias que representem o maior número de gostos e preferências comuns entre os eleitores, etc. Assim nasce uma situação, extremamente, favorável ao *lobby*.

3. Lobby e Política

Retomando o entendimento de política como um mercado de ideias, no qual é vedado o monopólio e garantida a eficiência (tomada aqui como o resultado *eleição* para os políticos eleitos e a possibilidade de fazer oposição ou se apresentar para as próximas eleições para os não eleitos), pode-se afirmar que o ambiente político oscila entre dois caracteres implícitos aos sistemas: a concorrência e o *lobby*. “A maioria dos benefícios do *lobby* decorre da concorrência entre interesses diferentes, e na ausência dessa concorrência, o *lobby* pode se assemelhar a corrupção legalizada”¹⁷. Ou seja, “embora não se

16 BRENNAN, M. B. **Book Review:** Overcoming Law by Richard Posner. Chicago: Marquette Law Review, v.º 79, Issue 1, 1995, p. 329.

17 ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo:** reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEI Comunicação, 2015, p. 162.

associe uma contribuição de campanha a um voto ou posição particular, é claramente uma troca de favores”¹⁸.

Pessoas negociam suas ideias e elas têm um preço que equivalem a um voto e interferem no processo de eleição dos candidatos. Mais tarde, serão cobrados, claramente ou não. No Brasil, é imprescindível que as mentes sejam alertadas para a necessidade de enfrentamento dessa constatação. O interesse mais claramente identificado e atendido vence a concorrência de ideias e ideologias. Vence também, a disputa entre as mais variadas tendências individuais, que caracterizam o homem econômico e seu individualismo metodológico.

O processo do lobby, representante dos mais variados interesses egoísticos, pode sobrepujar interesses legítimos menos organizados ou com menos recursos técnicos e financeiros que possam facilitar o seu conhecimento e incorporação ao planejamento político. A prevalência dos interesses mais organizados e aparelhados pode prestar um desserviço ao interesse coletivo, resultando em prejuízos e danos, muitas vezes irreparáveis, desvirtuando as próprias instituições.

Diante de tudo que foi dito, qual seria a solução? Regular os processos eleitorais, de forma tão intensa, quanto o mercado tradicional sofre as interferências do Estado, partindo-se para o enigma da regulação do *lobby*? Ainda que se possa admitir, em teoria, que a regulação possa produzir resultados positivos, de que forma poderia assegurar que a própria regulação corretora não seja resultado de interferências nefastas para a coletividade? Por outro lado, em sentido inverso, poder-se-ia afirmar que no mercado exista *lobby*?

Para alimentar o debate, é interessante a retomar a Teoria da Escolha Pública¹⁹:

Hoje em dia, a maioria dos economistas que se opõe à regulação não defende a ideia de que mercados sem regulação sempre proporcionam os melhores resultados. Em vez disso, desconfiam do processo político que molda a regulação. Se o processo regulatório for capturado por grupos de interesses, as soluções da regulação podem ser piores do que os problemas do mercado. Essa posição deve muito a Ronald Coase, ganhador do Nobel, que alertou os economistas para o perigo de comparar distorções de mercado do mundo real com soluções ideais do governo – um erro

18 *Ibid.*, p. 164.

19 ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicação, 2015, p. 167.

que ele chamou de *falácia do Nirvana*. Para evitar cair nessa falácia, precisamos comparar as distorções de mercado do mundo real com as soluções do mundo real. Isso reduz a atratividade da regulação sem necessariamente eliminá-la, como identificou Coase.

Ademais, o argumento ganha corpo ao se adotar a noção moderna de democracia, pela qual se ultrapassa a concepção que envolve eleição e votação secreta e atinge a perspectiva mais ampla do governo, por meio do debate de ideias e do intercâmbio de valores. Valores como a liberdade de expressão, acesso a informação e a liberdade de discordância (comuns nos mercados tradicionais), também, aparecem como variáveis a serem consideradas na política²⁰.

Alguns atos produzidos pelo parlamento com a intenção de regulação do *lobby*, que provavelmente não produziriam os melhores resultados e não teriam, por resultado, conter efetivamente, a formação dos mais variados grupos de interesses, porque, dificilmente o poder controla bem o poder. Melhor seria uma visão mais realista, que num primeiro momento admita a existência do *lobby*, como estrutura indissociável dos processos políticos e, num segundo momento, permita conduzir a sociedade à percepção de que é melhor garantir a existência de vários interesses organizados num jogo de poder, que será menos prejudicial (ou mais proveitoso) mais diverso e concorrido, configurando um mercado competitivo.

Conclusão

Uma leitura que permita comparações entre o funcionamento da política e dos mercados pode contribuir para a compreensão do processo eleitoral, dos processos de escolha e voto, das trocas de favores, da formação dos interesses de grupos e dos próprios grupos, em si, considerados.

Numa democracia, os candidatos a cargos públicos competem entre si pelo voto dos eleitores, investindo em grandes e caras campanhas publicitárias, em que muitas vezes não resgatam o seu custo com a remuneração percebida no exercício de seus mandatos. Pareceria ilógico, não fossem outras possibilidades que o exercício do poder traz em si. Por isso, sugere-se uma reflexão econômica para a vocação política.

20 SEN, A. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª reimpressão, 2013, p. 361.

As empresas e os políticos podem apoiar campanhas, desde que não estejam agindo em compadrio. Os processos eleitorais podem conter situações positivas de *lobby*, que tragam informação para a população, permitindo que o acesso a ela, deixe de ser concentrado nos poucos que titulam o poder, disseminando ações que conduzam a consensos desejáveis, envolvendo vários segmentos da população.

O *lobby* pode garantir maior eficiência nas disputas eleitorais, asseguradas por um regime de plena concorrência em todos os seus múltiplos aspectos, desde que compatível com as prioridades da justiça social.

Referências

BRENNAN, Michael B. **Book Review**: overcoming law by Richard Posner. Chicago: Marquette Law Review, v. 79 Issue 1, 1995.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MUELLER, Bernardo; CAMPOS, Nauro; IOOTTY, Mariana. **Legal Institutions and Firm Performance in Brazil**. Brasília: Economic Analysis of Law Review, v. 04, Jan-Jun, 2013.

NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. In: **The American Economic Review**, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994).

PEREIRA, Paulo Trigo. **A teoria da escolha pública (*publicchoice*): uma abordagem neoliberal?** Lisboa: Análise Social (Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa), v. xxxii, 1997.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-73.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.**, 2ª., reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TAMANAHA, Brian Z. **The Primacy of Society and the Failures of Law and Development.** Washington University: Cornell International Law Journal, 2009.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana.** São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

Sanção de perda de mandato por infidelidade
partidária e separação de poderes: questão de
hermenêutica constitucional? Breves notas com
fito em Heidegger

Punishment to loss of office in partisan
infidelity and separation of powers:
constitutional hermeneutics matter?
Curt notes based on Heidegger

Júlia Maia de Meneses Coutinho
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Newton de Menezes Albuquerque

Resumo: Aborda-se a infidelidade partidária ante as vicissitudes de instituir sanção de perda de mandato, que se comporta ora como condição imprescindível para a manutenção da atividade política, ora como instrumento de exorbitância ao princípio da separação de poderes. Investiga-se esse comportamento tendo por alvo o critério interpretativo proposto por Martin Heidegger, de acordo com a noção de que a identidade interpretativa tem como base a própria história, em perene elaboração. Esse aspecto permite “desocultizar” a Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e revela melhor compreensão daquilo não explícito na literalidade da norma. Utiliza-se dois veículos de *marketing*, como a análise SWOT e a matriz de BCG para facilitar o entendimento da resolução e sanar a problemática central deste escrito, qual seja, se a sanção de perda de mandato é um instrumento de violação ao princípio da separação de poderes, com fito nas lições de Heidegger.

Palavras-chave: Infidelidade Partidária. Separação de Poderes. Hermenêutica Constitucional. Martin Heidegger.

Abstract: It addresses partisan infidelity in the face of the vicissitudes of instituting a sanction of loss of mandate, which acts as an indispensable condition for the maintenance of political activity, and sometimes as an instrument of exorbitance to the principle of separation of powers. This behavior is investigated with the objective of interpreting Martin Heidegger, according to the notion that the interpretative identity is based on the history itself, in perennial elaboration. This aspect allows for the "unoccupying" of Resolution nº 22.610 / 2007 of the Superior Electoral Court (TSE) and reveals a better understanding of what is not explicit in the literality of the standard. Two marketing vehicles, such as the SWOT analysis and the BCG matrix, are used to facilitate understanding of the resolution and to address the central issue of this brief, namely whether the sanction of loss of mandate is an instrument of violation of the Principle of the separation of powers, according to the lessons of Heidegger.

Keywords: Partisan Infidelity. Separation of Powers. Constitutional Hermeneutics. Martin Heidegger.

Introdução

O tema em escopo mostra-se relevante, pois questiona, em linhas preliminares, se o Supremo Tribunal Federal (STF) poderia atribuir ao TSE a competência regulamentadora da perda de mandato, criando a sanção e as hipóteses de justa causa da desfiliação partidária, como ocorreu nos termos do artigo 1º, *caput*, e § 1º da Resolução nº 22.610/2007 do TSE¹.

Secundariamente, por meio do critério hermenêutico extraído das lições de Heidegger, em *Ser e Tempo – parte I*, em que a identidade interpretativa tem como base a própria história, em constante elaboração, pautada na tráfada da situação original em consonância com a compreensão e a discursividade, permite-se “desocultizar” a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, e resvala-se melhor

1 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

2 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

entendimento e revelação daquilo não explícito na literalidade da norma, ou seja, demanda-se o que há transposto às palavras manifestas. Por conseguinte, foram empregados meios de *marketing* análise SWOT e matriz de BCG para facilitar a interpretação da tomada de decisão no pertinente à Resolução.

Com efeito, são objetivos deste artigo, analisar se a infidelidade partidária, perante a vicissitude de criar da sanção de perda de mandato se comporta como condição imprescindível da eficácia da atividade política ou como instrumento de exorbitância ao princípio da separação de poderes, investigar o comportamento do instituto, com vistas ao critério interpretativo proposto por Martin Heidegger, conforme a noção de identidade interpretativa histórica, em perene formulação, de modo a permitir a desocultização da Res. nº 22.610/2007 do TSE, e, por fim, utilizar dois instrumentos do planejamento de *marketing*: a análise SWOT e a matriz de BCG, para permitir melhor identificação dos elementos facilitadores do entendimento.

Como critério metodológico propõe-se uma pesquisa bibliográfica, realizada com suporte na análise de obras e artigos especializados. Em seguida, denotou-se o método da interdisciplinaridade do Direito Constitucional, da Hermenêutica Constitucional e do Planejamento de Marketing, por meio de expedientes como a análise SWOT e a matriz de BCG, para que fosse possível a proposta do artigo de investigar se a sanção de perda de mandato é um instrumento de exorbitância e violação ao princípio da separação de poderes, com suporte nas lições de Heidegger.

1. Perda de mandato por infidelidade partidária e separação de poderes

O movimento proveniente da redemocratização brasileira teve bastante influência na Constituição Federal de 1988, haja vista o cuidado em tornar e reconhecer o homem como cidadão, malgrado a força defesa de atuação eleitoral e política no Brasil.

Desta feita, observou-se, ao longo dos tempos, o empenho por uma democracia baseada no direito de voto e participação em cargo público, cuja eleição fosse direta e livre. Adita-se a isso a noção de que a democracia se robusteceu com o advento primordial das bases populares, ilustrado pela soberania popular, haja vista a possibilidade de promover a organização democrática e a luta social; ou

seja, o aumento da participação popular é um fator, sobremaneira, de promoção de equilíbrio entre a semelhança política e a igualdade social, de modo que a soberania popular é havida como robusta força em prol da liberdade política. Assim, tal elemento conduziu a importantes avanços democráticos, a exemplo das competições eleitorais amplas, da extensão do direito de voto e, principalmente, no que diz respeito à independência e harmonia entre os três poderes.

Como consequência desse último fato, a separação de poderes surge como efígie de legitimação do poder em meio aos constantes devaneios do sistema político. Importa destacar, também, que os princípios da soberania popular e da representação, ambos positivados constitucionalmente, influenciam o complexo político-eleitoral brasileiro.

Nessa linha de orientação, a fidelidade partidária é cotejada com a democracia, em virtude das inúmeras iniciativas em tramitação no Congresso Nacional. No tocante ao tema, por ser um dos elementos de constituição da reforma política, que, nos termos de Benevides³, deve “[...] buscar sempre a maximização da expressão da vontade popular nos processos eleitorais e o aumento da transparência e eficácia dos instrumentos de combate à corrupção”. Nesse sentido, oportuno é prescrever a ideia de que o instituto irrompe para garantir maior equilíbrio ao tripé: partido, eleitores e eleitos.

Destarte, a fidelidade partidária promove o recondicionamento legislativo, por meio da ponderação entre a autonomia da vontade pessoal do detentor do mandato eletivo e a vontade dos membros partidários, isto é, “[...] parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato”⁴. De outra sorte, importa prescrever a ideia de que o instituto “[...] não poderá violentar a consciência e nem a liberdade de convicção do pensamento do parlamentar”⁵.

Entrementes, aloja-se o gravame da problemática aclarada pela Resolução nº 22.610/2007 do TSE (a dicotomia resultante da fidelidade partidária em

3 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; M. V. Kerche; F. Vannuchi(Org.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 85.

4 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 821.

5 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária e impeachment** – Estudo de Caso. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79.

detrimento da liberdade do parlamentar) que teve exórdio na Consulta nº 1.398⁶, elaborada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM). Com essa Resolução, o TSE designou que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político do qual o representante eleito conquistou o mandato, em virtude do sistema eleitoral proporcional e da fidelidade partidária como condição primordial de elegibilidade.

A compreensão concebida pelo TSE foi amparada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dando ensejo para o ativismo judicial, que na lição de Capelletti⁷ é fundamentado “[...] pela necessidade da busca do Poder Judiciário, como forma de equilíbrio aos demais poderes”. Assim, importa destacar a colocação de Streck⁸, quando indica que “Não se pode confundir, entretanto, a adequada e necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte dos juízes e tribunais que seria antidemocrático”. Esse fato significa que a separação de poderes é elemento-chave para evitar que os tribunais se apropriem da Constituição.

É indubitável, portanto, que o ativismo judicial protagonizado pelo TSE e acolhido pelo STF deu azo aos limites da fidelidade partidária, bem como, promoveu a criação da hipótese de perda de mandato eletivo, não prevista no ordenamento constitucional do País, ainda que sob o argumento de interpretação sistemática dos princípios constitucionais relacionados aos partidos políticos e ao sistema eleitoral.

Questiona-se, nesse sentido, se o STF poderia atribuir ao TSE a competência regulamentadora da perda de mandato, criando a sanção e as hipóteses de justa causa da desfiliação partidária, consoante ocorreu nos termos do artigo 1º, *caput*, e § 1º da Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Mezzaroba⁹, é claro, ao alertar a noção de que a perda de mandato eletivo por infidelidade partidária não encontra esteio em previsão constitucional e, com isso, argumenta que “[...] o representante só poderá ser punido com, no máximo, a expulsão da agremiação, sem, no entanto, acarretar qualquer prejuízo em relação ao mandato”.

6 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 08 maio 2007a.

7 CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 52.

8 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 141.

9 MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 278.

Tal fundamento desponta da iniciativa constitucional de garantir aos partidos políticos a natureza de pessoas jurídicas de direito privado que, na perspectiva de Knoerr¹⁰, permite aos partidos que não sejam objetos de controle estatal e garante uma lacuna na afirmação de que os “[...] sujeitos da política eram os indivíduos e não os partidos”. Leitão¹¹, em diagnóstico complementar, exprime que:

O Texto Constitucional que trata dos partidos políticos garante uma autonomia relativa, ao permitir que sejam criados e até extintos livremente, sem a interferência do Estado, mas essa liberdade de criação é balizada por quatro princípios constitucionais: soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana [...].

Empós tais colocações, critica-se a resolução no tocante a competência para a sua edição, já que o ativismo em foco viola o princípio da separação de poderes, cuja previsão constitucional está disposta no artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)¹², efetivamente, pois, a alegação de que o TSE realizou apenas o seu poder normativo, sem qualquer interferência na separação de poderes é insustentável, por motivo de flagrante violação ao artigo 22, I, da CF/88¹³, de acordo com a crítica de Cerqueira e Cerqueira¹⁴, quando salientam que “O TSE não pode ser legislador positivo, pois fere a CF/88, só podendo assim ‘legislar’ se se tratar de matéria infraconstitucional reservada a lei ordinária”.

Tempestivamente, ressalta-se que a matéria regulamentada pela Resolução foi remetida ao STF por meio do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade

10 KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 141.

11 LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos Políticos e a estabilidade política brasileira após 1988: por uma teoria do pluripartidarismo na consolidação democrática brasileira**. 2013. 272p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política. Universidade de Fortaleza, 2013, p. 14.

12 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

13 Ibidem. Brasil, 1988.

14 CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda do mandato no Brasil: temas complexos**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 284.

(ADI's) nºs 3999¹⁵ e 4086¹⁶. O entendimento foi revelado no sentido de que a Resolução é constitucional até que o Congresso Nacional exerça a competência legislativa cabível. Assim, em se tratando, especificamente, da ADI nº 3999, oportuno é trazer à baila o alerta do ministro Joaquim Barbosa acerca da importância da compreensão correta do sistema representativo e da gravidade que representa a destituição do parlamentar do mandato outorgado pelo povo, fora da previsão constitucional. Ademais, essa perspectiva revela a preocupação com a afronta ao princípio da soberania popular (artigo 1º, parágrafo único da CF/88)¹⁷ e da separação de poderes (artigo 2º da CF/88)¹⁸, ao se estabelecer a sanção de perda de mandato eletivo para o trânsfuga, porquanto o TSE disciplinou uma matéria adstrita à competência privativa da União (artigo 22, I, da CF/88)¹⁹. Assim, infringir tal competência reporta a um gesto de desrespeito à vontade soberana do povo e à separação de poderes, pois não se trata de uma fidelidade exclusiva do partido, mas, especialmente, do eleitor²⁰.

Nessa acepção, o desprendimento de uma análise interpretativa que verifique a realidade dos partidos pode acarretar uma ditadura partidária, cuja camisa de força ludibria o livre convencimento do parlamentar, reconhecendo apenas os deveres e não os direitos. Assim, a vigilância no intuito de evitar o desvirtuamento partidário deve ser constante, para que a fidelidade partidária não se torne um “[...] odioso instrumento de opressão dos filiados”²¹.

A linha de orientação deste artigo promove a noção de que o povo é pedra de toque imóvel da soberania popular e que a separação de poderes é elemento de

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3999. *Diário da Justiça* nº 221, Brasília, DF, 20 nov. 2008a.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4086. *Diário da Justiça* nº 221, Brasília, DF, 20 nov. 2008b.

17 Ibidem. Brasil, 1988.

18 Ibidem. Brasil, 1988.

19 Ibidem. Brasil, 1988.

20 COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (In)fidelidade partidária e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: tendências e descompassos – estudo de caso de Parlamentar Municipal. In: RODRIGUES, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (Org.). **Pautas constitucionais contemporâneas**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2013. p.133; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Sufrágio-direito e sufrágio-função: diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4. p. 107-124.

21 CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 62.

vitalidade para um espaço imune de interferências²². Tal premissa é arrematada pela noção de que “[...] o governo do povo [...] exige que o corpo do povo seja reconhecido como soberano”²³. Ademais, é pertinente acrescentar que “O que está em jogo não é apenas o poder de decisão, de modificação da legislação, mas a própria legitimidade consagrada ao processo legislativo pelos eleitores nas urnas”²⁴.

É imprescindível acrescentar, em circunstâncias filosófico-políticas, que a separação de poderes encontrou assento em Políbio, Aristóteles e outros filósofos ao longo dos tempos, mas foi em Locke que se teve maior noção do princípio como pedra angular do Estado Democrático de Direito de forma vertical, haja vista que o Legislativo, para ele estava acima dos demais poderes e estes se subordinariam a ele. Entrementes, Montesquieu, em um momento mais afamado, promoveu a divisão dos poderes em funções executiva, legislativa e jurisdicional, de modo horizontalizado, sem sobrepor qualquer um aos demais, garantindo apenas que um limitaria o outro²⁵. Tal sistema, resvalado por Montesquieu é uma forma de “[...] assegurar a liberdade dos indivíduos”²⁶.

Tais precedentes levam à observação de que o constituinte originário buscou a harmonização dos poderes de modo coordenado, para que não houvesse luta entre eles. Conforme o lapidar discursivo de Mendes, Coelho e Branco²⁷, a separação de poderes:

[...] tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental de um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação de poderes, cuja observância é consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

22 ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. México: FCE, 2007.

23 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 117-118.

24 SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 193p. Tese (Doutorado em Ciência Política com área de concentração em Instituições). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2010, p. 87-88.

25 MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

26 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

27 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 116.

Salienta-se que a procedência do TSE e do STF, numa perspectiva legal, é questionável, porque representa um risco para o princípio da separação de poderes, um mecanismo eficaz de limitação do poder político com suporte nos alumes de Montesquieu²⁸, quando aduz que a liberdade política “[...] só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado à dele abusar; ele vai até onde encontra limites”.

Kant²⁹ não deixa dúvidas a respeito da necessidade de superpor o Legislativo sobre o Judiciário, já que “[...] o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva”³⁰. Rousseau³¹ acolita essas alegações por meio da célere passagem, nesta ilustração:

O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixar de funcionar, o animal morre.

Os diagnósticos compactuados pelos grandes filósofos políticos já mencionados traduzem a pertinente noção de que, à luz da separação de poderes, o ato de criar sanção de perda de mandato por infidelidade partidária exorbitou a esfera de competência funcional do Judiciário. Em sendo assim, a sanção jurídica de destituição é matéria de cunho legislativo por meio de emenda constitucional. Nesse sentido, traz-se à baila o posicionamento de Rousseau³², ao diagnosticar a ideia de que “[...] não é pela lei que o estado subsiste, mas pelo poder legislativo”.

Nesse tino, a supressão de cargo eletivo, ao não passar pelo filtro de constitucionalidade, feriu a separação de poderes, por ser “[...] inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir,

28 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

29 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

30 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 227.

31 ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107.

32 *Ibidem*. Rousseau, 2003, p. 96.

expressar, compreender e dar significado a essa vontade [...]”³³. Ademais, é de sabença comezinha que o ativismo judicial encontra limites na própria CF/88, conforme aborda Cittadino³⁴, ao relatar que:

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – Têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação de poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos.

De acordo com as expressões, é notória a conduta exorbitante do Poder Judiciário, que ocasionou a usurpação de poderes do Legislativo, quando prolatou decisões judiciais sem legitimidade democrática para torná-las aptas à substituição de leis, no tocante ao posicionamento de Carvalho Netto³⁵, quando exprime a proporção do ativismo judicial no caso em apreço:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

33 ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 80.

34 CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. **Alceu**, Brasília, v. 5, nº 9, p. 105-113, dez. 2004, p. 108.

35 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 38.

É notório o fato de que o ativismo é capaz de promover a efetivação dos direitos fundamentais, por um lado, é necessário perceber que existem limites substanciais e formais para efetivação prática deste meio que, no dizer de Tate e Vallinder³⁶ e Hirschl³⁷ é um evento mundial que cresce todo dia, mas que precisa de limites para cada poder, visando a não ocorrência de atuação ilegítima e inconstitucional por parte do Judiciário, pois “[...] a atividade controladora do Judiciário no âmbito da ampliação excessiva de sua competência em questões políticas é fator decisivo para uma crise de funcionalidade e de legitimidade do Estado Democrático de Direito”³⁸.

Tal contexto é compactuado por Dahl³⁹, ao evidenciar que “[...] quanto mais os quase guardiães [juízes] estendem sua autoridade às questões substantivas, mais eles reduzem o escopo do processo democrático”. Nesse sentido, faz-se pertinente acrescentar que estaríamos, portanto, “[...] diante de uma ‘supremocracia’; termo que se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às demais instâncias do Judiciário, bem como à expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes”⁴⁰.

Outro questionamento a ser encarado é o artigo 55, da CF/88⁴¹, ao disciplinar situações em que deputados e senadores estão sujeitos a perda de mandato, mas que, em momento algum, se refere a desfiliação com ou sem justa causa como motivo para efetivação da perda, limitando-se apenas à exclusão do parlamentar da condição de filiado, em caos de oposição às diretrizes político-partidárias, desde que haja previsão expressa no estatuto do partido. Com isso, é conhecido o fato de que “[...] A Constituição não permite a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária”⁴².

36 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York and London: New York University Press, 1995.

37 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

38 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 235-236.

39 DAHL, Roberto A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 304.

40 POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 5.

41 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

42 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 234.

Por fim, cabe aqui a indagação de Bercovici⁴³: “Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia”? Destarte, não haverá de prosperar o argumento de que o TSE editou a Resolução em exercício de seu poder normativo sem que houvesse afronta à separação de poderes, já que este feito causou o surgimento dos novos direitos eleitoral e processual, invadindo a esfera de competência privativa da União.

2. Breves notas com fito em Heidegger

Heidegger⁴⁴ aportava-se do método fenomenológico e hermenêutico para a edificação da sua teoria. Essa estratégia buscava direcionar luz para o que era oculto, ou seja, permitir uma visão ampla, que vai além do que se manifesta.

A metodologia que comporta os ensinamentos de Heidegger floresce em meio ao modelo de desvio do foco do *Dasein* (a identidade do homem é uma elaboração, que passa a vida sendo edificado) para a condição intrínseca da própria história. Tal método permite o *desconstrucionismo*, ou seja, a exploração dos significados implícitos no modo de operação do texto, capaz de relevar contradições internas que vão além do pretendido pelo autor.

Nessa linha de orientação, Heidegger⁴⁵, ao levantar a bandeira do *Lebenswelt* (mundo da vida) em *Ser e Tempo – parte I* permitiu que historicidade fundamentasse a recolocação do ser-no-mundo. Assim, o *Dasein* é um elemento de caráter aberto, já que se faz necessário à confabulação de uma pirâmide composta por três pilares: 1) a situação geral revelada tanto pelo sentimento, quando pelo espírito; 2) compreensão do que significa estar diante de algo; 3) a discursividade, pois permite que o homem se apodere da linguagem no intuito de articular o ser-no-mundo e a conseqüente compreensão. Nessa linha de orientação, Heidegger parte do homem para determinar o ser de todos e das coisas.

43 BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: Fernando LuizXimenes Rocha; Filomeno Moraes (Org.). **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 297.

44 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

45 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

Assim, a hermenêutica heideggeriana é baseada na busca mais ampla de uma ontologia fundamental, mergulhada cada vez mais no problema da historicidade⁴⁶. Ou seja, nessa perspectiva, não é o ser humano que indica as coisas, são as coisas que são capazes de lhe revelar.

A ontologia, nessa linha de direção, permite uma melhor orientação para os processos de compreensão e interpretação pelos quais as coisas aparecem⁴⁷. Nesse sentido, a Hermenêutica permite que as coisas saiam do seu esconderijo. A compreensão, portanto, é a captação das possibilidades que cada pessoa tem de elaborar um contexto no mundo em que existe. Com isso, resta claro que o mundo e a compreensão constituem meios indivisíveis da constituição ontológica de existência do *Dasein*.

É notório, entretanto, que as palavras e a linguagem exercem um papel fundamental na existência das coisas, comportando-se como protagonistas do ser. Tal fundamento permite a alusão de que a Hermenêutica, como teoria da compreensão, deve unir subjetividade, historicidade e compreensão. Salienta-se, nesses termos, a ideia de que a compreensão deve denotar as características da temporalidade (não definitiva), intencionalidade (sentido) e historicidade (homem como ser histórico) garantidas por meio da linguagem. Essas características permitem melhor compreensão e conseqüente revelação do ser, promovendo até a “desocultização” de algo não explícito, por meio de um critério interrogativo capaz de levar as respostas que possibilitam melhor interpretação. No dizer de Palmer⁴⁸ “A interrogação é, pois algo com que o homem se defronta obrigando o ser a mostrar-se [...]. Através da interrogação, o ser torna-se então história”.

Conseqüentemente, para Heidegger⁴⁹, a Hermenêutica permite descobrir um significado até então escondido e a interrogação deve se reportar ao que não está expresso no escrito. Tal premissa permite a violentação do texto, indo além do que ele exprime, chegando a ser uma compreensão ainda melhor do que a do próprio autor do texto, entendendo-o de maneira diferente.

46 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1969, p.130.

47 Ibidem. Palmer, p. 139.

48 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1969, p.154.

49 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

Faz-se pertinente aduzir a noção de que, nessa contextura, a linguagem é a revelação do ser e a força motriz da compreensão e da interpretação por meio de três fases: 1) rastreamento da ideia que dá azo ao texto; 2) restrição ao contexto; 3) aprofundamento ao que está escondido. Aqui, o processo hermenêutico desvenda o que não está explícito por meio do diálogo pensante e violentação do texto.

Heidegger expressa, na obra *Ser e Tempo – parte I*⁵⁰, a ideia de que a identidade interpretativa tem como base a própria história, em constante elaboração com pauta na tríade da situação original em consonância com a compreensão e a discursividade. Esses aspectos permitem a “desocultizar” a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, e resvala para uma melhor compreensão do que não é explícito na literalidade da norma, ou seja, busca-se o que há além das palavras manifestas. Com isso, impende acrescer a diferenciação de que trata Barroso⁵¹, quando aduz que:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito. A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas.

Assim, o artigo ora sob escólio, mediante o estudo do instituto da fidelidade partidária em paralelo à teoria da hermenêutica heideggeriana, promoveu o recorte do preâmbulo da Resolução e do artigo 1º, *caput* e § 1º, para traçar as linhas interpretativas a seguir. Inicialmente, o preâmbulo da Resolução nº 22.610/2007⁵² do TSE exprime que:

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de

50 Ibidem. Heidegger, 2005.

51 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 91.

52 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

cargo eletivo, bem como de justificaçãode desfiliação partidária, nos termos seguintes; (grifou-se).

Ainda que sob a desculpa de inércia do Legislativo quanto às questões de cunho político-partidário, é notório que o TSE usurpou uma competência legislativa que não lhe é própria para tratar do tema. Nessa direção, Streck⁵³ expressa tal preocupação no sentido de que:

[...] a partir dos avanços e dos recuos das diversas teorias preocupadas em buscar justificativas para o discurso – a preocupação da teoria do direito continuou e continua sendo, com o controle da interpretação do direito, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação [...].

Assim, Streck⁵⁴ remete, ainda, a pertinente informação de que “[...] a discussão contemporânea sobre a hermenêutica jurídica passa pelo enfrentamento do problema que envolve o papel dos Tribunais no contexto de um Estado Democrático de Direito”.

Partindo-se de uma perspectiva de identidade interpretativa com base na própria história, percebe-se que, do momento da implantação da Resolução até os dias atuais, houve um crescimento da atuação jurisdicional em prol de efetivação do Estado Democrático de Direito, permitindo a observação de que a inércia do Poder Legiferante, em relação aos inúmeros requisitos da reforma político-partidária, dentre eles, a fidelidade partidária e a consequente perda de mandato, é fato gerador da atuação desenfreada do TSE, acolitada pelo STF, que causou transtornos quanto à exorbitância de princípios constitucionais basilares, como a separação de poderes e a soberania popular. Esse fato gerador foi desencadeado, conforme mencionado, pela não atuação do Poder Legislativo, que causou no Tribunal o entendimento de que a atuação, ainda que exorbitante, salvaguardaria o Estado Democrático de Direito, ainda que a discursividade da Resolução promovesse a interrogação de que vários preceitos constitucionais seriam atacados com esse feito.

53 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação Constitucional*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 89.

54 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52.

Entretanto, registra-se que as normas constitucionais devem ser compreendidas como parte de um todo e não de maneira isolada, formando um círculo hermenêutico⁵⁵. Häberle⁵⁶, quando permite a abertura da sociedade aos intérpretes da Constituição, com o objetivo de inserir as pessoas no processo interpretativo constitucional, para dar azo à democracia, permite o amparo não apenas da efetividade da separação de poderes, como também, da soberania popular.

“Desocultizar” a Resolução nº 22.620/2007 do TSE⁵⁷ é ato deveras compreendido com o disposto no artigo 1º, *caput* e § 1º, transcritos agora:

Artigo 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

A observância desse dispositivo permite a revelação daquilo que não está explícito na literalidade da norma, pois foi além da regulamentação do instituto da fidelidade partidária, criando, de modo ilegitimamente democrático, a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária, além de quatro possíveis justas causas de desfiliação, o que permite dizer, de acordo com a teoria interpretativa heideggeriana, que diversas regras do jogo político foram remetidas à resolução além das palavras manifestas.

3. Análise interpretativa com subsídio nos expedientes de *marketing* Swot e BCG

A análise SWOT possibilita melhor interpretação das decisões, permitindo súpero diagnóstico, haja vista promover a análise das forças e fraquezas (ambiente

55 SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

56 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 18.

57 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

interno) e das oportunidades e ameaças (ambiente externo). A isso se acresce a noção de que as forças somadas as oportunidades viabilizam maior auxílio na tomada de decisão, e que as fraquezas, em somatório com as ameaças, representam o conhecimento das dificuldades a serem enfrentadas no mercado⁵⁸. Poderá, pois, ser utilizada em produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Ao aplicar a análise SWOT, relativamente a Resolução nº 22.610/2007 do TSE⁵⁹, mais especificamente, no pertinente ao preâmbulo e ao artigo 1º, *caput* e § 1º, a sistemática de atuação seria semelhante. Oportuno acrescentar apenas que as forças e oportunidades representariam um auxílio argumentativo-jurídico aos resultados da Resolução, e também que as fraquezas e ameaças revelariam os pontos de conflito. Nesse sentido, o resultado é o que se vê no quadro abaixo:

Quadro 1: Análise SWOT aplicada a Resolução nº 22.610/2007 do TSE.

FATORES	AJUDAM NO RESULTADO DA DECISÃO	ATRAPALHAM NO RESULTADO DA DECISÃO
FATOR INTERNO (ORGANIZAÇÃO)	<p>*FORÇAS (STRENGTHS):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Atuar jurisdicional com base na inércia do Legislativo em prol da efetividade do Estado Democrático de Direito. 	<p>*FRAQUEZAS (WEAKNESSES):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Exorbita o princípio da separação de poderes. • Fere o princípio da soberania popular, pedra de toque do Estado Democrático de Direito.
FATOR EXTERNO (AMBIENTE)	<p>*OPORTUNIDADES (OPPORTUNITIES):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Evolução dos direitos políticos num momento histórico de necessária reforma político partidária. 	<p>*AMEAÇAS (THREATS):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elevado grau de interferência do supremo em decisões que não gravitam a orbita da sua seara de competência.

Fonte: subjetividade dos autores do artigo em paralelo com a análise de SILVA; TENCA; SCHENINI; FERNANDES⁶⁰.

58 KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Cláudia Freire e Brasil Ramos Fernandes. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 52.

59 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

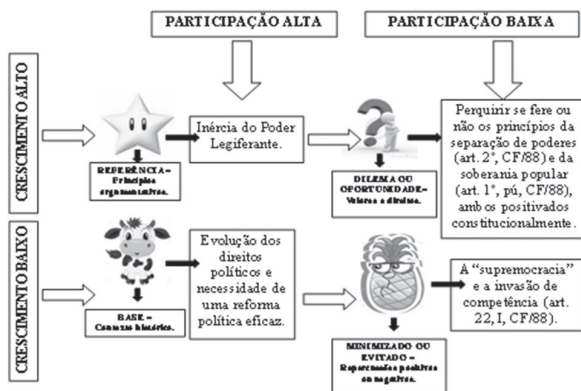
60 SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. **Planejamento estratégico de Marketing**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 46.

Ademais, outro meio a ser empregado para compor o critério interpretativo da resolução é a matriz de BCG, consoante a qual, para se ter sucesso de mercado, é necessário compreender todos os elementos de composição do processo a fim de garantir o equilíbrio na tomada de decisões.

Nessa matriz, existem quatro variáveis importantes para a sua formação - a *estrela*, que funciona como referência, a *vaca leiteira*, atuante como base, a *interrogação*, ao permitir o reconhecimento de um dilema ou oportunidade e o *abacaxi*, ilustrativo de pontos que devem ser minimizados ou evitados. Esses critérios funcionam tanto para produtos como para serviços inseridos em um mercado consumidor.

Ao contextualizar a matriz a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, sobra evidente observar que a *estrela* representa os princípios argumentativos e interpretativos da decisão, a *vaca leiteira* é o contexto histórico em que ela se deu, a *interrogação* aufer os valores ou direitos ínsitos a ela e o *abacaxi* constitui as repercussões positivas ou negativas em relação ao caso. Observe-se, a seguir, o resultado dessa estratégia metodológica de interdisciplinaridade:

Quadro 2: Matriz de BCG aplicada à Resolução 22.610/2007 do TSE.



Fonte: subjetividade dos autores do artigo em paralelo com a análise de SILVA; TENCA; SCHENINI; FERNANDES⁶¹.

61 SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. *Planejamento estratégico de Marketing*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 52.

Conclusão

Denota-se que a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária é um tema cercado de polêmicas. A principal delas foi resvalada pela punição, que ora foi cerceada pelo TSE, acolhida pelo STF e recaiu sobre os trãnsfugas.

Nesse sentido, o modo de atuar do TSE descumpriu a Constituição e aplicou um entendimento restrito aos comandos constitucionais⁶² representados pelos princípios da separação de poderes e da soberania popular.

Com a observância do preâmbulo e do artigo 1º, *caput* e § 1º, da Resolução nº 22.610/2007 do TSE⁶³, há de se mencionar que a Constituição, em momento algum, previu em seu artigo 17 forma de sanção relativa aos trãnsfugas, e acrescentou que ela deveria contar com o seu estabelecimento nos estatutos dos partidos, ou seja, a sua disciplina e normatização; e isso foi criado por parte do ativismo do TSE, refletindo de maneira que “[...] o poder legislativo é limitado por um poder jurisdicional que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro”⁶⁴.

Nesse sentido, a perda de mandato em consequência da migração partidária não encontra subsídio em nenhuma regra geral constitucional, nem mesmo quando se reporta ao artigo 55, da CF/88⁶⁵, o qual traça uma prescrição relativamente aos deputados e senadores. No entanto, nem assim, é notada a inclusão da desfiliação em apreço.

Empós realizada a análise do instituto, pode-se mencionar que a identidade interpretativa de Heidegger promoveu a “desocultização” da Resolução em ultrapasse as palavras manifestas, o que resultou na perfeita utilização dos meios de *marketing* análise SWOT e matriz de BCG, com o intuito de auxiliar na compreensão da cadeia interpretativa.

62 LIMA, Matonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 220.

63 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

64 PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 262.

65 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

Assim, com esteio na lição de Piçarra⁶⁶ (1990, p 13), no sentido de que a separação de poderes é um dos “mecanismos de coordenação e interdependência”, vê-se como inverossímil a atuação jurisdicional pragmática, em prol de um rompimento jurídico- constitucional, ainda que com a desculpa de zelar pela eficiência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, defende-se a ideia de não poder existir qualquer instituição que se sobreponha ao legado constitucional.

Destarte, não se engendra a intenção de que os tribunais atuem como legisladores positivos criando comandos, como ocorreu com a sanção de perda de mandato por ferir a separação de poderes e a segurança jurídica.

Por fim, alvitra-se o endereçamento de uma emenda constitucional ao Congresso Nacional, que possui a competência para instituir esse fato, com o intuito de promover uma reforma no artigo 17, § 1º, da CF/88⁶⁷, bem como, a inclusão de um inciso no artigo 55⁶⁸, também, para que a infidelidade partidária seja ensejada como justificativa para a perda do mandato eletivo. Assim, será garantido o fortalecimento das instituições político-partidárias e do Estado Democrático de Direito.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. México: FCE, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 91-96.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; M. V., Kerche; F.Vannuchi(Org.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003. p. 91-119.

66 Ibidem. Piçarra, 1990, p. 13.

67 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

68 Ibidem. BRASIL, 1988.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Filomeno Moraes (Org.). **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-303.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2007a.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3999. **Diário da Justiça nº 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4086. **Diário da Justiça nº 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008b.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 281-311.

CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda do mandato no Brasil: temas complexos**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, Brasília, v. 5, nº 9, p. 105-113, dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária e impeachment** – Estudo de Caso. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (In)fideliidade partidária e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: tendências e descompassos – estudo de caso de Parlamentar Municipal. In: RODRIGUES, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (Org.). **Pautas constitucionais contemporâneas**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2013. p. 119-137.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Sufrágio-direito e sufrágio-função: diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4. p. 107-124.

DAHL, Roberto A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press, 2007.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Cláudia Freire e Brasil Ramos Fernandes. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos Políticos e a estabilidade política brasileira após 1988**: por uma teoria do pluripartidarismo na consolidação democrática brasileira. 2013. 272p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política) – Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Universidade de Fortaleza, 2013.

LIMA, Matonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-251.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MEZZARROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1969, p.129-165.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. **Planejamento estratégico de marketing**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 193p. Tese (Doutorado em Ciência Política com área de concentração em Instituições) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação Constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

O impacto da crise global no Brasil ante às regularizações das terras de comunidades quilombolas

The influence of the global crisis in Brazil on lands regularizations of the quilombola communities

*Jéssica Painkow Rosa Cavalcante
Maurides Macêdo
Leonardo Matheus Barnabé Batista*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo relacionar o contexto da crise econômica global, que assola o Brasil atualmente, com o procedimento de titulação dos territórios quilombolas, analisando o corte orçamentário na verba destinada ao INCRA, no ano de 2016, que reflete na necessidade de indenização aos posseiros não quilombos para que se efetive o direito de escrituração da terra dessas comunidades e na efetivação de outras políticas públicas direcionadas aos quilombos. Este tema tem relevância ao tratar do desrespeito aos direitos fundamentais dos quilombos, que estão previstos na Constituição Federal de 1988, e os objetivos pretendidos do governo atual, que prioriza outras áreas. Este artigo trilha por um caminho exploratório e investigativo, partindo de pesquisa bibliográfica e legislativa, explorando a estrutura do sistema financeiro atual do País que é marcado por aspectos políticos orgânico e estrutural, demonstrando as falhas no sistema de políticas públicas e o descaso do governo atual com as comunidades quilombolas.

Palavras-chave: Crise econômica brasileira. Titulação de territórios. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Quilombolas.

Abstract: The present study aims to relate the context of the global economic crisis, which currently affects Brazil, with the titling of Quilombo lands, analyzing the cut on Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) [National Institute of Colonization and Agrarian Reform] budget, in 2016, which reflects on the need for pensionation to squatters non-quilombo, so that the right of land bookkeeping and the effectiveness of other Quilombos public policies. This issue has relevance when dealing with the disrespect to the fundamental rights of Quilombos, established in the Federal Constitution, and the objectives of the current government by prioritizing other areas. However, has a qualitative character, since it traces an exploratory and investigative path, starting from a bibliographical and legislative research, exploring the structure of the current Country financial system that is marked by organic and structural political aspects, responsible for demonstrating the failures in the system of public policy and the neglect of the government with the quilombolas communities.

Keywords: Brazilian economic crisis. Land titling. Human rights. Fundamental rights. Quilombolas.

Introdução

As premissas lastreadas nos direitos fundamentais que torneiam as discussões sobre minorias, direitos culturais e sociais têm grande importância na história dos direitos dos humanos. Porém, somente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)¹, no artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT) é que foi fixado, constitucionalmente, o direito à terra ocupada pelos quilombos remanescentes, resguardando na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais a garantia do controle de seus costumes, formas de vida e desenvolvimento econômico.

Apesar de todo esse aparato legislativo que assegura os direitos fundamentais das comunidades tradicionais, ao se efetivar as normas que garantem, de fato, o território dos povos quilombolas, o Estado encontra dificuldades reais, oriundas de um sistema falho, que quando analisada, no contexto da crise econômica

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 abr. 2016.

do Brasil se torna, praticamente, impossível de se ver essas garantias sendo realmente efetivadas.

O tema Direitos Humanos nos tempos atuais é utilizado como linguagem de política progressista, que segundo Boaventura Santos²: “as forças progressistas preferiram a linguagem da revolução e do socialismo para formular uma política emancipatória”, e com a crise aparente dos projetos de emancipação as “forças progressistas recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação”, o que dá a ideia de que os direitos humanos somente são utilizados para preencher o vazio do socialismo.

Assim, ao encarar o contexto iminente de crise econômica, pode-se concluir que não se está em fase de atrair ou de repudiar os riscos, e sim, na fase dos modos de produção de globalização que geram riscos sociais de forma inevitável, afetando de forma direta e cruel a classe baixa³.

1. Considerações sobre o direito fundamental de reconhecimento dos territórios quilombolas

O desenvolvimento e formação do Estado moderno constitucional e a adoção de Constituições democráticas deram início a criação e reconhecimento dos direitos fundamentais. E, com o advento do Mercantilismo iniciou-se a formação dos Estados Modernos, que teve como influenciadores os ideais de Bodin (teoria da soberania), de Montesquieu (divisão de poderes), de Hobbes (Leviathan) e de Rousseau (contrato social)⁴.

Com isso, as Revoluções Francesa e Americana trouxeram a concretização de novas ideias às Constituições e Leis, e, conforme Flávia Piovesan (2003)⁵ salienta, os direitos humanos surgiram como reação e respostas aos excessos absolutistas da época. Nesse sentido, Nelson Saldanha⁶ observa:

2 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 1, n. 48, junho de 1997, p.11-32.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

4 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

5 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

6 SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

O Estado Liberal, teoricamente, nascido do consentimento dos indivíduos, tinha por finalidade fazer valerem os direitos destes. Daí a necessidade de estabelecer limites do poder, mais as relações entre este poder e aqueles direitos. Ou seja, o Estado existiria para garantir tais direitos. No entendimento liberal ortodoxo, portanto, o Estado deveria ter por núcleo um sistema de garantias, e a primeira garantia seria a própria separação dos poderes. Daí a fundamental e primacial relevância do “princípio” da separação dos poderes, um tema já legível em Aristóteles, retomado por Locke e reformulado com maior eficácia por Montesquieu. Para fixar, verbal e institucionalmente, a divisão do poder, ou, por outra, a separação dos poderes, o Estado Liberal precisou de um instrumento jurídico, a Constituição, que o converteu em Estado constitucional.

Os direitos humanos se desenvolveram, com o passar dos anos, com vários dispositivos. Dentre eles, o mais importante foi a Declaração dos direitos humanos de 1948 que, segundo Newton de Menezes Albuquerque⁷:

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 funcionou como o primeiro degrau do processo “evolutivo” de desenvolvimento da teoria dos Direitos Humanos na modernidade tardia, que foi sendo alterada/acrescentada de novos conteúdos geracionais de direitos na medida em que houver expansões civilizatórias das lutas “dos de baixo”, já que vivemos em um momento histórico que Milton Santos denominou de tempo “demográfico.

Conforme Cançado Trindade (1997)⁸:

A assimilação de uma série de direitos qualitativamente diversos da ótica atomizadora do individualismo metodológico pode ser flagrada da leitura de muitos de seus artigos, onde a socialização da cultura, do trabalho, da saúde, dos mecanismos protetivos das maiorias estão normativamente distribuídos na Declaração dos Direitos Humanos. Acrescente-se, ainda, a agregação posterior de outros documentos e tratados positivos de novos direitos e prerrogativas como se dá no caso

7 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O direito constitucional internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol. 1. 2013, p. 368.

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1966 e das respectivas Conferências Mundiais sobre a matéria realizadas em Teerã em 1968 e Viena em 1993, entre outros.

Com o surgimento dos “Estados constitucionais” houve a previsão da tripartição de governo e dos direitos fundamentais. Assim, as normas constitucionais obtiveram maiores aplicabilidades, combatendo as normas infraconstitucionais incompatíveis⁹. Tais normas começaram a ser aplicadas nas resoluções de conflitos interpessoais, possibilitando o surgimento de uma indagação acerca da superioridade de alguns dispositivos contidos nas constituições, apesar da doutrina majoritária entender pela igual hierarquia entre as normas constitucionais¹⁰. Porém, excepcionalmente, haverá a possibilidade de sobreposição de normas constitucionais, quando aplicadas a um caso concreto, sem que haja interpretação de superioridade de normas.

Analisando a CF/88, constata-se que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata de eficácia plena e status de cláusula pétrea (artigos 5º, §2º e 60, §4º). Assim, defende-se a ideia de que resguarda ao quilombo a posse de suas terras, tradicionalmente, ocupadas, fazendo frente ao direito fundamental individual dos não quilombos da propriedade civil¹¹. Tal concepção objetiva o resguardo da identidade cultural dos diversos grupos étnicos que compõe os povos brasileiros, mantendo o direito de continuidade existencial e de ser minoria.

Nesse contexto, Jürgen Habermas¹² critica as formas de soluções obtidas pelo liberalismo ao preservar os direitos das minorias, tendo em vista que o seu conteúdo genérico e egoísta não é adequado para a solução justa dos conflitos existentes na realidade, assim:

O pensamento liberal tem por objetivo proteger a liberdade do indivíduo enquanto cidadão da sociedade (liberdades subjetivas iguais para todos). Essa visão, porém, permite o surgimento de uma interpretação egoísta

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

10 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

11 FREITAS JÚNIOR, Luís de. **O direito fundamental dos índios à posse das suas terras**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-fundamental-dos-indios-a-posse-das-suas-terras,44739.html>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

12 HABERMANS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: Estudos filosóficos**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

da liberdade. [...] A liberdade ética igual para todos cai em contradição consigo mesma no decorrer da execução do programa liberal, pois uma Constituição liberal garante a todos os cidadãos a igual liberdade de configurar sua vida seguindo os ditames de sua própria concepção do bom. [...]. Daí a retomada pelo republicanismo, de uma ideia de liberdade ampliada intersubjetivamente e ligada ao papel de cidadão democrático (solidário participativo). [...]. Mesmo assim, a fusão entre cidadania do Estado e cultura nacional gera uma interpretação dos direitos dos cidadãos insensível às diferenças culturais. Por isso, no âmbito de sociedades pluralistas, quando se atribui precedência política a um bem comum impregnado politicamente em detrimento da garantia efetiva de liberdades éticas iguais, gera-se discriminação de modos de vida divergentes. [...] Direitos culturais decorrem da proteção à dignidade humana, pois deve-se assegurar ao homem igual acesso aos padrões de comunicação, às relações sociais, às tradições e condições de reconhecimento, os quais são necessários ou desejáveis para o desenvolvimento, a reprodução e a renovação de sua identidade pessoal. Daí assegura-se direitos coletivos (direitos de certos 'grupos de identidade'). [...] Direitos coletivos autorizam grupos culturais a manter recursos e a disponibilizá-los para que seus membros possam lançar mão deles a fim de formar e estabilizar sua própria identidade pessoal. [...]. Assim, uma vez que o procedimento democrático faz a legitimidade das decisões depender das formas discursivas de uma formação inclusiva da opinião e da vontade, as normas destinadas a garantir iguais direitos só podem surgir quando se tem conhecimento dos fardos diferenciados que implicam e após a avaliação desses fardos. [...] Apenas o universalismo igualitário que, exige iguais direitos, sem deixar de ser sensível às diferenças, tem condições de satisfazer as exigências individualistas que consistem em garantir, equitativamente, a integridade vulnerável do indivíduo que é insubstituível e cuja biografia é inconfundível.

Assim, os direitos das minorias devem ser tratados com cautela, dando uma maior abertura na interpretação legislativa, a fim de que se alcance a justiça material¹³. Ainda, ao infringir tais direitos com o não reconhecimento de posse sobre as terras ocupadas por comunidades tradicionais, pode ter-se uma dispersão

13 KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.30-40.

de seus costumes e culturas, considerando que o reconhecimento territorial é o meio mais eficiente da convivência harmoniosa com a coletividade.

O Estado brasileiro resguarda na CF/88 a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com objetivo de que se promova o bem para todos, livre de preconceitos de origem e raça, trazendo no seu inciso III do artigo 3º, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a erradicação da/de pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Desse modo, a lei federal brasileira reconhece a necessidade de valorização das culturas afro-brasileiras e indígenas, concedendo o direito as suas terras, como garantia de reprodução social, física e cultural, desses povos.

2. A crise no Brasil e os reflexos desencadeados na titulação de terras ocupadas pelas comunidades quilombolas

As economias mundiais, mais que nunca, estão interligadas, significando que uma crise econômica desencadeada em um país desenvolvido é capaz de espalhar temor e desequilíbrio afetando as demais nações.

Em 1994, com o Plano Real, surgiu uma Economia no Brasil que engatinhou até 1999, abrindo caminhos para o consumo e investimento. Nessa época, segundo Felipe Miranda¹⁴:

Para manter a inflação sob controle, usamos a tal âncora cambial. A taxa de câmbio era fixa, forçando um dólar muito barato. Claro, cedo ou tarde, haveria problemas com as contas externas. Dado o câmbio artificialmente apreciado, as importações aumentariam muito, tornando-nos frágeis do ponto de vista de reservas. Ao primeiro choque externo mais violento, teríamos de abandonar o regime de câmbio fixo. Conforme esperado, foi exatamente o que aconteceu em 1999, quando tivemos de soltar o câmbio. Para conter a crise cambial do início do segundo mandato FHC, Armínio Fraga, ao assumir a presidência do Banco Central, adota o clássico tripé macroeconômico. Atingimos a maturidade deste novo Brasil, com a política econômica rigorosamente

14 MIRANDA, Felipe. **O Fim do Brasil: o segundo mandato.** Disponível em: <http://dinheirama.com/blog/2014/12/03/fim-do-brasil-segundo-mandato/>. Acesso em: 05 jul. 2016.

alinhada ao estado da arte da ortodoxia em nível mundial. Tínhamos uma nova diretriz macroeconômica, marcada por câmbio flutuante, sistema de metas de inflação e perseguição da austeridade fiscal. Grosso modo, esse é o regime macro de 1999 até 2008. Passamos o segundo mandato FHC e boa parte dos governos Lula com o tripé preservado, sem alteração de rota. Tudo muda a partir da quebra do banco Lehman Brothers, em setembro de 2008, quando a economia mundial entra num grande buraco. Tentando mitigar os efeitos da crise, o Governo brasileiro abandona a ortodoxia na política econômica e migra em direção à chamada nova matriz econômica, um conjunto de medidas heterodoxas de orientação desenvolvimentista. (...) se, metaforicamente, nasce um novo País em 1994, com a estabilização da economia, podemos dizer que a nova matriz econômica e suas consequências representam o falecimento desse Brasil.

Assim, em breve análise, a crise econômica em que o Brasil se encontra resulta em alguns prejuízos, realmente inevitáveis, como a alta taxa de desemprego com demissões em massa, arrocho salarial, inflação em disparada e até o congelamento de preços¹⁵. Nesse contexto, em mensagem declarada no Dia Mundial da Justiça Social, do Diretor Geral da OIT, Guy Ryder¹⁶ entendeu que antes mesmo da crise mundial, em 2008, a metade da população já sofria desamparada, gerando uma profunda crise social, que também é uma crise de justiça social.

Sendo assim, como tal crise poderia afetar a titulação de terras de comunidades quilombolas? No ano de 2016 o Governo Federal cortou em 80% a verba destinada para titulação de territórios, destinando nesse ano, apenas 5 milhões de reais, que em contraposição ao ano de 2015 forneceu verba de 25 milhões de reais, sendo considerado o corte orçamentário mais profundo, no Brasil. Tal fato, ensejou a queda no processo de titulação dos territórios quilombolas¹⁷.

15 MIRANDA, Felipe. **O Fim do Brasil: a crise da economia, os bastidores da censura, a proteção do seu patrimônio**. São Paulo Escrituras, 2014.

16 RYDER, Guy. **Enfrentamos uma crise social, uma crise de justiça social**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/enfrentamos-uma-crise-social-uma-crise-de-justica-social>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

17 PRIOSTE, Fernando G. V. **A lentidão na titulação de terras: quilombos não são prioridade no governo federal**. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/02/lentidao-na-titulacao-de-terras-quilombos-nao-sao-prioridade-no-governo-federal>. Acesso em: 5 maio 2016.

Sabe-se que por força do Decreto n.º 4.887/2003¹⁸, o órgão competente, na esfera federal, para a titulação dos territórios quilombolas é o INCRA. Esse Decreto regulamenta o Artigo 68 do ADCT e traz os procedimentos para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas.

De acordo com o Decreto Lei supracitado, em síntese, o reconhecimento do território quilombola se dá pelo seguinte procedimento: a comunidade envia uma declaração se autointitulando remanescente de quilombo à Fundação Cultural Palmares, que expede uma Certidão de Autorreconhecimento que será enviada ao INCRA. As comunidades quilombolas enviam à Superintendência Regional do INCRA do seu Estado uma solicitação para abertura do procedimento administrativo de regularização do território, que somente é instaurado após uma Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescente de Comunidades Quilombolas emitida pela Fundação Cultural Palmares. Com isso, se dá início a elaboração de um estudo de área com a realização de um relatório Técnico de Identificação e delimitação (RTID), que se aprovado, será emitida uma portaria de reconhecimento declarando os limites do território quilombola.

Assim, tal processo de titulação do território, segue com a regularização fundiária e desintração dos ocupantes não quilombos, com a desapropriação ou o pagamento de indenização, realizando assim a demarcação do território. Em seguida é concedido o título de propriedade à comunidade que é coletivo e pró-indiviso, em nome da associação de moradores da área, registrado no cartório local, sem ônus financeiro para a comunidade beneficiária.

Nesse sentido, o grande problema aqui se dá na efetivação das desapropriações no contexto atual de crise no Brasil, pois há uma necessidade de pagamento de indenizações aos não quilombos que ocupam os territórios que foram reconhecidos como quilombolas, sendo que, somente cumprindo tal requisito é que esses ocupantes deixariam o local, efetivando o direito à propriedade que é assegurado, constitucionalmente, para as comunidades quilombolas. Com isso, o Governo convive com a situação que diz respeito ao financeiro: o pagamento de indenizações nos processos de desintração dos não quilombos frente ao corte orçamentário realizado pelo Governo Federal, o que praticamente inviabiliza o trabalho do INCRA.

18 BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 7 abr. 2016.

Já não bastasse a pequena verba disponível no ano de 2016, outras duas ameaças se fazem presentes ao direito dos quilombos: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º215¹⁹ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.239²⁰ que podem coibir a base jurídica que sustenta a titulação dos territórios das comunidades quilombolas. Tais fatos explicitam a falta de priorização política do Governo Federal, que somada a bancada ruralista presente no Judiciário e Legislativo, formam um cenário desanimador para a política pública de titulação dos territórios quilombolas. Segundo Fernando Prioste²¹:

Para Isabela da Cruz, jovem liderança da comunidade quilombola Paiol de Telha, “o corte no orçamento do INCRA vai afetar diretamente o andamento dos processos de titulação que já estão em fase final de desapropriação. Com isso, apesar da luta quilombola e do fortalecimento do movimento social, a presente geração do povo quilombola pode não viver para ver o resultado”. No ano de 2015 faleceu a liderança quilombola Domingos Gonçalves dos Santos, aos 86 anos. Após lutar por mais de quarenta anos pela titulação de seu território e ver, em outubro de 2014, o INCRA assinar a portaria de reconhecimento das terras da comunidade Paiol de Telha, não viveu para ver a titulação do território, que até hoje não se efetivou.

Assim, pode-se concluir que o projeto político do Governo Federal não tem como prioridade resolver os conflitos dos históricos de concentração excessiva fundiária no Brasil, e muito menos de viabilizar as condições de reprodução social, cultural e econômica das comunidades quilombolas, apagando totalmente o direito de acesso à terra como ação social e política do combate à desigualdade.

19 BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça. **Proposta a Emenda Constitucional n. 215/2000**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 7 maio 2016.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

21 PRIOSTE, Fernando G. V. **Corte na carne negra: política de titulação de territórios quilombolas tem encolhimento orçamentário de 80% para 2016**. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/acervo/artigos/corte-na-carne-negra-politica-de-titulacao-de-territorios-quilombolas-tem-encolhimento-orcamentario-de-80-em-2016/19749>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

Conclusão

Ao se deparar com o estado atual da crise financeira do Brasil e com as políticas públicas desenvolvidas para os quilombos, percebe-se que tal sistema é falho, tendo em vista que o atual governo prioriza outras áreas, refletindo de forma cruel na vida dessas comunidades, contribuindo ainda mais para as desigualdades sociais.

Na maioria dos países do mundo a desigualdade material prevalece de forma crescente e dramática, o que contribui para o desenvolvimento de uma teoria crítica do reconhecimento²², que combina de forma coerente política social da igualdade com as versões de política cultural e da diferença.

Assim, frente à crise social e de justiça social que assola o Brasil é preciso incentivar um objetivo em comum entre os responsáveis pela elaboração das políticas públicas, que é o de a recuperação socioeconômica, de forma que beneficie a todos e não só a minoria dominante, de modo que os benefícios consigam alcançar as comunidades quilombolas, até mesmo no procedimento de reconhecimento territorial, que é o maior problema por elas enfrentado. A decisão de adoção das políticas que promovem o crescimento e a inclusão da população está em nossas mãos.

Sabe-se que o Brasil é um País com ampla diversidade cultural e com grande índice de desigualdade social. Os diferentes grupos étnicos têm direitos relacionados com a cultura e com seu território, que são compreendidos com base nos núcleos formadores de sua subsistência, como as artes, a memória coletiva, o fluxo dos saberes, a terra cultivada e principalmente, a manutenção da sua cultura passada de gerações²³.

Entrementes, no momento de crise no País, no ano de 2016, de acordo com a Lei Orçamentária Anual (LOA), foi disponibilizado a menor verba dos últimos sete anos, tendo o seu ápice em 2012, com 51 milhões de verba destinada, tendo como justificativa política para esse rebaixamento de destinação de recursos a diminuição do valor destinado para desapropriação de terras de Comunidades Quilombolas.

22 Para mais acerca do conceito de teoria crítica aqui utilizado, ver: FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da justiça numa era "pós-socialista"**, In Cadernos De Campo. v.15, n. 14/15, São Paulo: jan-dez/2006, p. 231-239.

23 Recomendação de leitura sobre o tema: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

Contudo, apesar do baixo orçamento fornecido ao INCRA, este não é o principal motivo da queda de titulação de territórios quilombolas, e sim, o descaso do governo atual, que é gerado pela falta do apoio político para essas comunidades, ficando desamparadas e sofrendo, ainda mais, no momento de crise global, tendo em vista que os recursos destinados à assistência delas são cortados e utilizados em outras áreas.

Referências

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O direito constitucional internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol. 1. Fortaleza: Premius, 2013, p. 351-372. Disponível em: <<http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 abr. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 7 abr. 2016.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça. **Proposta a Emenda Constitucional n. 215/2000**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 7 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em: 9 abr. de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na constituição federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da justiça numa era "pós-socialista"**, In Cadernos De Campo. v.15, n. 14/15, São Paulo: jan-dez/2006, p. 231-239.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **O direito fundamental dos índios à posse das suas terras**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-fundamental-dos-indios-a-posse-das-suas-terras,44739.html>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

HABERMANS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

KRELL, Andreas. **Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolkfgang. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 164, out./dez. 2004, p. 7-15.

MIRANDA, Felipe. **O Fim do Brasil**: a crise da economia, os bastidores da censura, a proteção do seu patrimônio. São Paulo Escrituras, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRIOSTE, Fernando G. V. **Corte na carne negra**: política de titulação de territórios quilombolas tem encolhimento orçamentário de 80% para 2016. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/acervo/artigos/>>

corte-na-carne-negra-politica-de-titulacao-de-territorios-quilombolas-tem-
encolhimento-orcamentario-de-80-em-2016/19749>. Acesso em: 03 abr. 2016.

PRIOSTE, Fernando G. V. **A lentidão na titulação de terras:** quilombos não são prioridade no governo federal. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/02/lentidao-na-titulacao-de-terras-quilombos-nao-sao-prioridade-no-governo-federal/>>. Acesso em: 05 maio 2016.

RYDER, Guy. **Enfrentamos uma crise social, uma crise de justiça social.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/enfrentamos-uma-crise-social-uma-crise-de-justica-social>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as ciências sociais.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, vol. 1, n. 48, junho de 1997, p.11-32.

A ação civil de extinção de domínio como instrumento de luta contra os delitos de corrupção e o direito fundamental a propriedade

Civil forfeiture as an instrument in the fight against corruption and the fundamental right to property

Regina Celli Marchesini Berardi

Resumo: A América Latina tem sido palco de escândalos de corrupção e com a globalização as autoridades competentes de vários países em diversas esferas intensificaram seus esforços para recuperar o patrimônio adquirido em atividades delitivas. Com o propósito de dirimir a corrupção e o enriquecimento ilícito, o legislador brasileiro e o Ministério Público Federal com base nas diretrizes da Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Ativos pretendem criar a figura da Ação Civil de Extinção de Domínio. Discutem-se novos parâmetros para o combate da corrupção que produza uma reparação social dos prejuízos advindos dessa ação criminosa, atenda a função social da propriedade e restabeleça o direito. Reflete-se se o perdimento de bens decorrentes das condutas ilícitas por meio dessa nova ação viola o direito fundamental à propriedade.

Palavras-chave: Ação Civil de extinção de domínio. Direito de propriedade. Corrupção. Função social da propriedade.

Abstract: Latin America has been the scene of corruption scandals and with globalization the competent authorities of several countries have intensified their efforts to be able to recover from the offenders the capital they have obtained with their illegal activities. With the goal of seeking solutions to the

corruption and unjust enrichment problem, the Brazilian legislators and the Federal Public Prosecutor Office, based on the directives from the National Strategy of Fight Against Corruption and Money Laundering, intend to create the concept of Civil Forfeiture. New parameters are being discussed for the fight against corruption, which entail social redress of the losses arising from this type of crime, fulfill the social function of ownership and reestablish the law. The question is posed, of whether the loss of assets arisen from the illegal acts, through this new action, violates the fundamental right to property.

Keywords: Civil forfeiture. Right to property. Corruption. Social function of property.

Introdução

A corrupção política tornou-se o ponto central nos debates políticos da atualidade, no mundo globalizado, em que se percebe um aumento, significativo, de preocupação com a preservação da integridade dos sistemas financeiros e com a viabilidade da atuação soberana dos países, considerando que uma das características principais da criminalidade atual é sua capacidade de gerar elevados proventos econômicos, para os envolvidos.

Dessa forma, o confisco de bens oriundos da corrupção é tema recorrente na agenda das diversas convenções internacionais, dos fóruns e seminários internacionais que discutem sobre a criminalidade organizada e a lavagem de capitais¹. Assim, o estabelecimento de regimes eficazes de apreensão e confisco ou perda de bens tem sido uma constante nos principais instrumentos internacionais² produzidos no âmbito da O.N.U e nas mais recentes produções

1 Durante o IV Fórum Global de Combate à Corrupção realizado em Brasília entre os dias 7 e 9 de junho de 2005, o tema foi discutido por várias oficinas de trabalho, especialmente, na de Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos.

2 Sobre essas questões é o disposto nas Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI): *“Recomendación 3 (Medidas provisionales y decomiso). Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Estas medidas deberían incluir la facultad de: 1) identificar, localizar y valorar los activos objeto del decomiso; 2) implementar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes, 3) adoptar medidas que impidan o eviten*

do direito, na América Latina e Europa³. Entre esses documentos, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁴ recomenda que os Estados analisem a possibilidade de incorporar o instituto da Ação Civil de Extinção de Domínio⁵ aos seus ordenamentos internos⁶.

O direito de propriedade é um dos direitos mais tratados nos ordenamentos jurídicos, previsto na grande maioria das legislações do mundo, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de

actos que perjudiquen la capacidad del Estado para recuperar bienes sujetos a decomiso; y 4) tomar medidas de investigación apropiadas. Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales” (GAFI, 2012. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2016).

- 3 A recuperação de ativos sem condenação (“non-conviction based confiscation”- NCBC) tem amparo legal no art^o 4^o, n^o 2, da Diretiva 2014/42/UE, que trata do congelamento e da perda dos instrumentos do crime na União Europeia, bem como no art^o 54^o, n^o 1, c) da Convenção de Mérida. Cita-se ainda a “*actio in rem*” com previsão na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que incentiva os Países Membros a estudarem a opção de medidas que permitam confiscar instrumentos e produtos do crime sem exigência de uma condenação penal, ou que obriguem o infrator a comprovar a origem lícita dos bens passíveis de perda ou confisco. Da mesma maneira, tem-se o parecer do Grupo de Trabalho Roma-Lyon, do G8, que possuem o apoio dos peritos da Rede CARIN sobre recuperação de ativos. (SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal - A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Julgar online, Maio de 2016. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016).
- 4 Artigo 54. Mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco: 1. Cada Estado Parte, a fim de prestar assistência judicial recíproca conforme o disposto no Artigo 55 da presente Convenção relativa a bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção ou relacionados a esse delito, em conformidade com sua legislação interna: [...]; c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo_brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em 20 abr. 2016).
- 5 A título informativo, em países de colonização britânica a Ação Civil de Extinção de Domínio corresponde ao instituto denominado de Civil Forfeiture.
- 6 SIMÕES, Euclides Dâmaso e outros. **Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)**. Julgar online – 2009. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2016.

Direitos Humanos⁷. Outrossim, a implementação dessa ação ganha guarida no cenário internacional diante da ideia de que a razão de ser dos crimes de corrupção está intimamente relacionada ao desejo de acumulação de riquezas patrimoniais, ambição e cobiça. Assim, consolida-se uma noção de superação da ideia da prisão como “fulcro da reação penal em favor de soluções que viabilizem o asfixiamento econômico do agente do crime, isto é, que facilitem a apreensão dos bens, produtos e instrumentos da sua atividade criminosa, atual ou pregressa, e a sua perda ou confisco”⁸.

Ocorre que, embora seja primordial a criação de mecanismos efetivos para modificar a concepção do velho adágio de que o “crime compensa” e, embora em muitos países, nomeadamente, na América Latina, já tenham adotado tal medida, ela enseja discussão sobre a efetividade e a constitucionalidade de alguns dispositivos. Nesse sentido, por se tratar de uma ação nova, sem antecedentes próximos no contexto normativo dos países latinoamericanos, “*se ha especulado mucho sobre su validez, legitimidad e incluso aplicabilidad. Generalmente es descalificada o sobrevalorada por sus críticos dependiendo de la orilla en la que se ubiquen*”⁹.

No presente trabalho, o foco restringe-se aos problemas relativos ao direito fundamental à propriedade, especialmente, no tocante a sua função social. Ressalta-se que o direito de propriedade estabelecido na CF/88 se encontra intrinsecamente ligado a figura da extinção de domínio, de modo que a análise desse instituto jurídico deve levar em consideração sua incidência sobre o direito de propriedade, como tal. O tema é relevante, pois é fundamental refletir sobre novas políticas de prevenção e repressão que sejam suficientes e

7 CORDERO, Blanco Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Universidad de Salamanca, 2012.

8 SIMÕES, Euclides Dâmaso e outros. **Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)**. Julgar online – 2009. Disponível em: <<http://julgar.pt/wpcontent/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2016.

9 PIERRE, Mayda Goite. Las Leyes de Extinción de dominio un instrumento para el enfrentamiento a la corrupción y a la criminalidad organizada: La justificación entre la “necesidad político criminal y el minimalismo penal”. In: **El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional**. Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa. Serie Ciencias Penales y Criminológicas, Habana: Unijuris, Mayo de 2014 1, p.122. Disponível em: <<http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/1.%20Libro%20Homenaje%20al%20Dr%20Ram%C3%B3n%20de%20la%20Cruz%20Ochoa.PDF>>. Acesso em: 04 maio 2016.

adequadas para fazer frente aos novos desafios no combate à corrupção, bem como, permitir a recuperação de ativos provenientes desses delitos, tendo em vista o contexto da crescente tendência internacional de valorizar os aspectos patrimoniais decorrentes da criminalidade organizada em face da necessidade de aferir sua compatibilidade com o direito fundamental à propriedade e com o ordenamento jurídico pátrio.

1. Ação civil de extinção de domínio

1.1 Definição e finalidade

A Ação Civil de Extinção de Domínio não é a mesma em todos ordenamentos jurídicos, tendo inclusive, terminologias diferentes em cada legislação. Pode ser chamada, por exemplo, de comiso, perdimento de bens, comiso sem condenação penal, entre outros. Segundo a Oficina das Nações Unidas sobre Droga e Crime, que enfatiza a necessidade de criar uma lei modelo latino-americana em matéria de extinção de domínio, o conceito de extinção de domínio pode ser entendido como: *“una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna”*¹⁰. Constitui, assim, um modelo que não corresponde a perda patrimonial *“in personam”*, ou seja, a Ação Civil funciona totalmente desvinculada de uma eventual ação criminal que apure a responsabilidade do agente, e passa a seguir uma nova perspectiva firmada em uma ação civil ajuizada *“in rem”*, isto é, em virtude da coisa, afastando-se, assim, dos preceitos que orientam um processo penal, inspirados na noção de um fato típico e ilícito¹¹. Seus objetos são, portanto, bens ou direitos e não condutas ou pessoas. Por essa razão, esses procedimentos são direcionados contra os produtos em

10 UNODC. **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio**, Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

11 RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. **Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira**. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, p. 269, 2014.

questão e são concebidas como ações de caráter real que não perseguem a punição individual, mas permitem que a riqueza produzida por meios ilícitos forme parte dos bens que constitui o comércio legal.

No tocante a sua finalidade, de acordo com a justificativa presente no projeto de lei brasileiro do senado nº 107 sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio, de 2016, a:

perda civil da propriedade apresenta dupla finalidade: diminuir a capacidade de ação das organizações criminosas pela retirada de seus meios materiais de atuação e ampliar a capacidade material de combate aos males gerados por essa mesma atuação por via de transferência dos produtos da ação civil de perdimento in rem à pessoa jurídica de direito público afetada pelas práticas ilícitas¹².

Sobre a questão citada acima, Torres entende que: *“la finalidad de esta acción radica en destruir el velo de aparente legalidad que recae sobre el derecho de dominio de un bien, derecho que por su origen ilegal nunca ha nacido, pero que goza de apariencia de legitimidad”*¹³. Seu fim é ainda obter o perdimento da coisa, inspirando-se na prevenção patrimonial e na periculosidade do patrimônio e fundamentando-se na suposta violação às regras de um Estado Democrático de Direito, com repercussões negativas no equilíbrio da economia de mercado. Enfim, seu o fundamento consubstancia-se nos fins constitucionais do Estado que é proporcionar a efetividade de princípios, direitos e deveres, reafirmar a vigência de valores ético – sociais e da vigência de uma ordem justa.

1.1.1. Natureza Jurídica

Como ocorre com qualquer instituição processual, ao referir-se a natureza jurídica do procedimento de extinção de domínio, o que se pretende é analisar os aspectos que caracterizam esta instituição. Discute-se *“si el decomiso del producto del delito debe necesariamente ser regulado como una sanción penal in personam o*

12 SENADO. Projeto de lei nº 107 sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=189290&tp=1>>. Acesso em: 18 maio 2016.

13 TORRES, Jenner Alonso Tobar. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 14(26), 2014, 17-38.

si es admisible regularlo como una acción real in rem, que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal”¹⁴.

Segundo a Oficina das Nações Unidas sobre Droga e Crime, “la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso”¹⁵. É importante salientar que, originalmente, o decomiso do produto do delito foi tratado como uma sanção penal em todas as tradições jurídicas. Todavia, diversas dificuldades probatórias relativas a origem lícita, ilícita ou a titularidade, bem como, em casos de utilização de “laranjas” e em casos de veículos corporativos registrados em jurisdições *offshore*, levaram a diversos países, tanto de tradição anglo-saxônica como continental, a idealizar regimes de decomiso do produto de atividades criminosas por meio dos procedimentos *in rem*¹⁶.

Com efeito, a proposta da ação civil de extinção de domínio, no contexto brasileiro, ao contrário daquela que cria o confisco alargado, prevê uma ação de natureza civil. Isto é, não tem propriamente natureza punitiva, mas, eminentemente reparatória buscando compensar a coletividade pelos males decorrentes da prática do ilícito, com a tomada do patrimônio. Por assim o ser, a natureza jurídica dessa regra/norma conforma-se com uma compensação devida pelo proprietário ao Estado, em razão de ter aquele usado ou permitido que se usasse o bem objeto de perdimento, contrariamente ao que estabelece o ordenamento jurídico que, em última instância, autoriza, legitima e protege o próprio exercício do direito à propriedade¹⁷.

Outrossim, é oportuno assinalar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos que inicialmente considerou o decomiso¹⁸ como uma sanção penal

14 JORGE, Guillermo et.al. **Recuperación de activos de la corrupción**. Dirigido por Guillermo Jorge. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Del Puerto, 2008.

15 UNODC. **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio**, Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, 2011 Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

16 JORGE, Guillermo et.al. **Recuperación de activos de la corrupción**. Dirigido por Guillermo Jorge. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Del Puerto, 2008.

17 TEIXEIRA, Miro. Projeto de lei nº4000/2015 – Apensado ao PL-3911/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1424176>. Acesso em: 18 maio 2016.

18 No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional alemão tem entendido “que el decomiso de las ventajas patrimoniales procedentes del delito no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la

(caso Welch), “*le niega actualmente en sus pronunciamientos el carácter punitivo, otorgándole sustancialmente la calidad de medida preventiva destinada a retirar de circulación los activos vinculados a la comisión de un delito*”¹⁹.

No Brasil, de acordo com Bechara, em resenha de anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio, o perdimento, nos termos da proposta de lei, provocará a transferência da propriedade ou da posse de bens, direitos ou valores, cuja conexão com a prática de uma atividade ilícita, especialmente grave, revele o não, atendimento da função social da propriedade. No seu entendimento, o perdimento é medida de finalidade dúplice, uma vez que é tanto uma medida compensatória como uma medida. Ao considerá-la como uma medida compensatória, compreende que a extinção de domínio destina-se a reduzir os danos sociais causados a partir da prática de uma atividade criminosa. E, quando a aprecia como medida preventiva, a extinção de domínio tem como destino impedir a continuação da prática de uma determinada atividade ilegal, de modo a garantir ordem e pacífica convivência social²⁰. Bechara, afirma ainda que uma ação civil:

para o fim de gerar a extinção de domínio e a transferência da propriedade é de natureza declaratória, uma vez que busca o reconhecimento da existência de liame relevante ao bem, direito ou valor, e a atividade ilícita praticada. Nesse caso, a sentença declaratória tem o valor de preceito, afirmando a existência de uma situação jurídica (vinculação de bens à atividade ilícita) que legitima, com amparo na hipótese material prevista na lei, a perda do domínio²¹.

norma, a efectos de remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos y corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos”. (CORDERO, Isidoro Blanco. **Comiso ampliado y presunción de inocencia**. In: ABA, Luz María Puente (directora). **Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración**. Retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008).

19 CORDERO, Isidoro Blanco. **Comiso ampliado y presunción de inocencia**. In: ABA, Luz María Puente (directora). **Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración**. Retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008.

20 MAUGERI, Anna Maria. La sanzione patrimoniale e fragaranzieed efficienza. **Rivista Trimestrale di Diritto Penal e dell'Economia**. Anno IX. n.º 3. Luglio-Settembre. 1996. Cedam.

21 BECHARA, Fábio Ramazzini. Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. In: **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 365-378, 2012.

Há quem defenda que a natureza da extinção de domínio não é um procedimento de carácter penal. É somente uma ação patrimonial. De acordo com artigo 1º, parágrafo único, da Proposta do Ministério Público Federal sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio: “a perda civil de bens abrange a propriedade ou a posse de coisas corpóreas e incorpóreas e outros direitos, reais ou pessoais, e seus frutos”. Com o mesmo sentido, encontra-se registrado o artigo 1º do PL nº 856, de 2015 (na Câmara dos Deputados), bem como na PEC nº 10, de 2015.

Por fim, é relevante mencionar o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a natureza jurídica da presente ação e sua posição no tocante a compatibilidade desse sistema com os direitos humanos fundamentais e garantias básicas do processo penal. Ao examinar as sentenças desse Tribunal, em diversas ocasiões e sob diferentes perspectivas, e, na leitura de suas sentenças, constata-se que embora exista uma dicotomia insuperável sobre a natureza do decomiso do produto dos delitos, existem determinadas características e condições em que esses procedimentos *in rem* poderiam ser compatíveis com as garantias fundamentais.

Diante do exposto, pode-se dizer que essa ação possui natureza jurídica própria e diferente de outros institutos jurídicos que afetam o domínio da propriedade de uma determinada pessoa.

2. Direito à propriedade

A compreensão atual de função social da propriedade nem sempre existiu. Nas comunidades primitivas os bens eram pertencentes a todos que se apropriavam deles para sua subsistência²². Dessa maneira, aos poucos ocorreu a passagem da propriedade absoluta para a ideia de uma propriedade com função social, associada transição do Estado Individualista para o Estado Democrático de Direito. No decorrer dos séculos, o direito de propriedade ganhou variados formatos: foi entendido como um poder supremo, perpétuo, oponível contra todos, e de alguém sobre uma coisa determinada, evoluindo juntamente com a sociedade, até chegar ao interesse coletivo e ao papel social. Nos dias atuais, a importância do direito a propriedade é relatada em muitas convenções e

22 ENGELS, Federico. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Madrid: Publicado y distribuido por Fundación Federico Engels, 1ª edición 2006.

tratados internacionais. Entre eles, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pelo princípio de proteção, a Declaração Universal de Direitos Humanos, nos seus artigos 17º e 21º, reconhece o direito à propriedade, como um direito inerente aos seres humanos, determinando que não pode ser restringido arbitrariamente, e que possui limitações da lei e do interesse social.

Em sintonia com o atual Estado Democrático de Direito, nossa Carta Magna consagra a função social da propriedade como princípio constitucional. Esse direito é considerado como fundamental de primeira dimensão. Há, inclusive, referência expressa ao direito de propriedade no rol dos direitos, liberdades e garantias na CF/88, a qual dispõe no o artigo 5º, XXII que “é garantido o direito de propriedade”, assim como, o inciso XXII “assegura como direito fundamental a propriedade privada, submetendo-a ao cumprimento da função social; aspecto que determina à propriedade, para o seu exercício, a sua adequação às normas de direito público que protegem os direitos da coletividade, impondo limitações de ordem privada e de ordem pública”²³.

Nesse sentido, o artigo 170, II dispõe que: “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”. Ademais, assegura no inciso LIV do artigo 5º que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por fim, assevera ainda que a ela não poderá ser retirada de ninguém sem a justa e prévia indenização, conforme artigo 5º, XXIV da CF/88.

Em relação aos referidos preceitos constitucionais, observa-se que o direito a propriedade foi considerado um direito inerente à pessoa humana e que ele pode ser disposto, livremente, sempre de acordo com as limitações estabelecidas pela lei. Ocorre que, a proteção constitucional do direito de propriedade tem por escopo tutelar o seu uso adequado e não abusivo, de maneira a impedir que demais direitos possam ser lesados. No Brasil a propriedade é consagrada como um direito de matriz constitucional com características e natureza jurídica particular, com a devida tutela estabelecida na própria Carta Maior.

23 RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A revitalização do tombamento como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural a partir da regulamentação do instituto da transferência do direito de construir pelo estatuto da cidade. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*, vol.5. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p.106.

Assim sendo, de acordo com a relevância desse direito, é primordial que ele seja analisado, cautelosamente, face ao instituto da Ação Civil de Extinção de Domínio, devido a influência e limitações que acarreta sobre o mesmo porque com a utilização da presente ação há uma afetação direta na propriedade das pessoas, no momento que se inicia essa ação.

Feitas essas considerações, um dos problemas que se coloca é se a ação de extinção de domínio, por recair sobre os bens de uma determinada pessoa, limitaria o seu direito de propriedade, o que seria vedado, constitucionalmente. Assim, faz-se necessária análise quanto à possibilidade da retirada dos bens do campo de disponibilidade do proprietário ou possuidor, anteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória, em prol da preservação do interesse coletivo.

2.1 Colisão entre Direitos Fundamentais

No tocante a colisão entre direitos fundamentais, afirma-se que ela ocorre de dois modos: na ocasião de o conflito suceder entre direito fundamental de um titular face ao direito fundamental de outro titular, e quando o conflito se dá entre direito fundamental individual e a necessidade de salvaguarda de um bem coletivo, resguardado constitucionalmente. Esse segundo caso, é um dos objetos deste estudo, haja vista que o artigo 5º, XXII, CF/88 protege o direito de propriedade, que poderá chocar com o direito do Estado, de interesse da coletividade, caso adote a Lei de extinção do domínio civil que corresponde, de certa forma, a uma lei restritiva de direitos.

Com efeito, salienta-se que no presente estudo existe um vínculo entre a pessoa e seus bens, e por essa razão, uma questão importante é verificar a possibilidade de violação ao direito de propriedade, pois, como foi dito, a natureza da Ação Civil de Extinção de Domínio possui um caráter patrimonial e real que se encontra intimamente ligada a propriedade. É pertinente dizer que não raro, no Brasil, surgem pessoas que enriquecem em curtíssimo espaço de tempo, por atos de corrupção e que a propriedade adquirida por meios ilegítimos, não merece a proteção Estatal, não tendo colisão entre direitos fundamentais, porque não cumpre sua função social prevista, constitucionalmente.

Em virtude disso, constata-se que após o devido processo legal, a não comprovação do lícito gerador de um enriquecimento, caso seja implementado

tal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, poderá ensejar a extinção do domínio desses bens. Nessas circunstâncias, não se fala em colisão de leis, pois as regras do Estado de Direito não estão sendo violadas.

2.1.1 Legitimação da afetação de bens de destinação ou utilização ilícita: a função social da propriedade

Pode-se dizer que a ideia da ação civil de extinção de domínio se baseia na concretização do princípio constitucional da função social da propriedade. Ademais, o princípio da proporcionalidade, sob o prisma que proíbe a proteção insuficiente, obriga o legislador e Estado a cumprir o dever jurídico de combater o patrimônio ilícito oriundo dos delitos de corrupção. Exige, também, o dever de operar no sentido de viabilizar a produção da concreta justiça e permitir a pacificação social, pois se trata de patrimônio com origem ilegítima, que deve ser convertido à sociedade, como medida de prevenção à própria atividade delitiva e de redução das consequências sociais, ocasionadas por esses crimes. Salienta-se que a propriedade só é legítima quando utilizada de forma a maximizar o bem-estar da coletividade. Em Estados Democráticos de Direito, o princípio da licitude é geral, segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, agindo com dolo, culpa ou fraude.

Do mesmo modo, a ideia de atos jurídicos consagra a noção de origem lícita e justa do título. Assim, pode-se argumentar que a proteção constitucional do direito de propriedade estará sujeito a validade do ato de aquisição do direito – causa lícita, objeto lícito. Dessa maneira, a garantia de proteção constitucional do direito à propriedade tem por objetivo tutelar o seu uso adequado e não abusivo²⁴, o trabalho lícito, o desenvolvimento pela livre iniciativa, o respeito do direito alheio. Esses são preceitos para que se possa alcançar a propriedade, legitimamente. Em virtude disso, tendo em consideração que não existe ordem

24 Interessante ressaltar que a Colômbia, primeiro ordenamento a regulamentar a Ação Civil de Extinção de Domínio na América Latina, por meio da Lei nº 333/96, de 1996, substituída pela Lei nº 793 de 2002, tem apresentado reflexos positivos com o funcionamento da referida ação. De acordo com a legislação colombiana, a propriedade que se garante é aquela que se adquire conforme o direito. (artigo 58 da Carta Fundamental). México, Perú e Equador, também demonstram que a referida ação é capaz de golpear as organizações criminosas na medida em que as priva do usufruto a propriedade dos bens que são adquiridos de maneira ilícita. (Informação disponibilizada pela Comissão Internacional contra a impunidade da Guatemala. Disponível em: <<http://www.cicig.org/index.php?page=ley-de-extincion-de-dominio>>. Acesso em: 25 maio 2016.

jurídica que tutele os direitos fundamentais de modo ilimitada, o que se vê claramente é que o direito de propriedade é relativo, de modo que apenas estará assegurado pelo sistema jurídico quando sua aquisição se demonstrar compatível com a legalidade e a boa fé.

Com efeito, de acordo com artigo 21,1 do Pacto de São José da Costa Rica, toda pessoa tem direito a propriedade privada, ao uso e gozo de seus bens. A lei poderá subordinar tal uso e gozo ao interesse social²⁵. No tocante a Ação Civil de Extinção de Domínio em conexão com o tema do direito a propriedade, é importante mencionar que a CF/88 autorizou tanto a perda de bens como o perdimento de bens, nos incisos XLV e XLVI do artigo 5º da Carta Maior. A Constituição brasileira, inclusive, dispõe sobre a possibilidade de confisco quanto a bens alistados com o tráfico ilícito de entorpecentes²⁶, como no caso da perda de glebas de terras. Destaca-se o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que se debruçou sobre o caso GOGITIDZE AND OTHERS V. GEORGIA, em acórdão julgado por unanimidade, em 12/05/2015, a respeito da perda alargada, mas agora, à luz do artigo 1º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nos termos do qual:

A qualquer pessoa, física ou moral, é reconhecido o gozo pacífico dos seus bens. Ninguém pode ser privado desses bens exceto por razões de interesse público e sujeito às condições previstas na lei e nos princípios da lei internacional. Os direitos referidos anteriormente não poderão, contudo, de qualquer modo, impedir o direito do Estado de aplicar tais leis na medida em que seja necessário para controlo do uso dos bens

25 Nos mesmos termos, o Código Civil brasileiro também prevê explicitamente a função social da propriedade. O artigo 1.228 do Código Civil dispõe que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. O parágrafo primeiro dispõe que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei”.

26 Artigo 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

segundo o interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou penalidades²⁷.

Assim sendo, tudo que for adquirido de maneira ilegal não poderá integrar o patrimônio das pessoas. Assim, evidencia-se que se o direito de propriedade continuasse sendo absoluto como foi outrora, estaria-se na presença de uma violação ao direito constitucional, limitado ao mesmo. Por sua vez, se a presente ação fosse adequada ao sistema pátrio, e se fossem respeitados os demais princípios constitucionais envolvidos, significaria não apenas a redução dos ganhos com a atividade criminosa dos delitos de corrupção, mas também, seria uma fonte de receita para as autoridades públicas incumbidas da repressão e controle de crimes. Ao menos, no tocante ao direito de propriedade, seria garantido o princípio da função social.

Conclusão

As atividades ilícitas, em especial as relativas aos delitos de corrupção, afetam gravemente os direitos fundamentais e são uma ameaça para o desenvolvimento sustentável e para a convivência pacífica. Experimentar novas fórmulas, como as que oferecem a ação de extinção de domínio, deve ser objetivo estratégico que permita combater a delinquência de grande poder econômico, que ameaça os alicerces da sociedade, com a finalidade de criar alternativas paralelas nos lugares que predominam a corrupção, a violência e a insegurança. O Direito, em hipótese alguma, pode amparar as situações patrimoniais antijurídicas e permitir a existência de um direito fundamental à propriedade adquirida ilicitamente. Entende-se que a propriedade privada, adquirida legitimamente, é um direito fundamental protegido pela Constituição brasileira, pela lei e pelo direito internacional. Para tanto, seu reconhecimento deve estar sujeito ao cumprimento da sua função social, da ordem pública e do bem-estar geral.

A lei brasileira e os Tratados internacionais admitem a restrição ao direito de propriedade quando há prevalência de interesse público e social, desde que

27 SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal - A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.** Julgar online, Maio de 2016. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016.

não haja arbítrio. Assim, objetivando que a propriedade exerça de fato a sua função social, a Constituição apresenta dispositivos que limitam o direito de propriedade, bem como, sanciona o proprietário que utilizou seu direito, sem o devido respeito para com os preceitos da justiça social.

A introdução da Ação Civil de Extinção de Domínio no ordenamento jurídico pátrio deverá alcançar um equilíbrio entre o respeito ao direito à propriedade privada e o interesse público. Feitas essas considerações, constata-se que a presente ação terá viés constitucional como uma limitação legítima à propriedade, sempre, e quando o Estado demonstrar fielmente, em um processo judicial dotado de todas as garantias constitucionais, que determinados bens possuem origem ou estão destinados a uma atividade ilícita. Assim, a criação de medidas extrapenais de caráter sancionatório ou procedimentos de confisco “in rem” poderiam ser bem mais eficazes na luta contra o enriquecimento ilícito e bem menos prejudiciais aos direitos fundamentais do cidadão, do que o recurso, a uma intervenção jurídico-criminal²⁸.

Finalmente, a ação civil de extinção de domínio não solucionará todos os problemas referentes aos delitos de corrupção no Brasil, assim como não será panaceia para todos os males sociais. Porém, o confisco sem condenação penal, desde que se comprove que a ação de extinção de domínio observa os demais direitos fundamentais envolvidos, poderá colaborar na promoção de direitos fundamentais, bem como, melhorar o funcionamento das instituições na América Latina que hoje não funcionam de forma integral devido a impunidade e a própria corrupção.

Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini. Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. In: **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 365-378, 2012.

28 SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal - A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.** Julgar *online*, Mar. 2016. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Resenha: anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio.** Disponível em : <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/32/20>. Acesso em: 17 abr.2016.

BLANCO, Ricardo Pérez Blanco. **Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida.** 2011. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf>. Acesso em: 24 maio 2016.

CORDERO, Blanco Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción.** Universidad de Salamanca, 2012, p.337-371.

CORDERO, Isidoro Blanco. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: ABA, Luz María Puente (directora). **Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración.** Retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008, p. 71-106.

ENGELS, Federico. **El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado.** Madrid: Publicado y distribuido por Fundación Federico Engels, 2006.

GAFI, Recomendaciones. **Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación.** Gafisud 11 / ii plen 1, Fevereiro, 2012.

JORGE, Guillermo[et.al.]. **Recuperación de activos de la corrupción.** Dirigido por Guillermo Jorge. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Del Puerto, 2008.

MAUGERI, Anna Maria. La sanzione patrimoniale fragaranzie e defficienza. **Rivista Trimestrale di Diritto Penal e dell 'Economia.** Anno IX. n.º 3. Luglio-Settembre. 1996. Cedam, p. 817-904.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** Mérida, 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo_brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PIERRE, May da Goite. Las Leyes de Extinción de dominio un instrumento para el enfrentamiento a la corrupción y a la criminalidad organizada: La justificación entre la “necesidad político criminal y el minimalismo penal”. In: **El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional**. Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa. Serie Ciencias Penales y Criminológicas, Habana: Unijuris, Mayo de 2014, p.254-271. Disponível em: <<http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/1.%20Libro%20Homenaje%20al%20Dr%20Ram%C3%B3n%20de%20la%20Cruz%20Ochoa.PD>>. Acesso em: 04 maio 2016.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A revitalização do tombamento como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural a partir da regulamentação do instituto da transferência do direito de construir pelo estatuto da cidade. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, vol.5. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p.101-113.

RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**. Viagem pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, 2014.

SENADO. Projeto de lei nº 107 sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=189290&tp=1>>. Acesso em: 18 maio 2016.

SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal** - A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Julgar *online*, Maio de 2016. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016.

SIMÕES, Euclides Dâmaso e outros. **Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)**. Julgar *online* – 2009. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2016.

TEIXEIRA, Miro. Projeto de lei nº4000/2015 – Apensado ao PL-3911/2015. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1424176>. Acesso em: 18 maio 2016.

TORRES, Jenner Alonso Tobar. **Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia**. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14(26), 2014, 17-38.

UNODC, **Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**, Segunda edición revisada, Naciones Unidas, Nueva York, 2012. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

UNODC. **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio**, Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, 2011. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

Quando “mais” não (necessariamente)
significa “melhor”: o enfraquecimento da
proteção dos direitos fundamentais em um
sistema jurídico multinível

When “more” does not (necessarily) mean
“better”: the weakening of the protection of
fundamental rights in a multilevel legal system

Matheus Passos Silva
Clidenor Sousa

Resumo: A crescente integração internacional entre os Estados levou a criação daquilo que se chama de tutela multinível dos direitos fundamentais. Na Europa, tal tutela ocorre por meio da proteção, dos direitos fundamentais, não apenas pelas Constituições dos Estados europeus, mas também, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Entretanto, a existência de várias instâncias protetivas não leva, automaticamente, à maior proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Analisa-se, neste sentido, o caso Melloni, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia acabou por rebaixar o nível de proteção dos direitos fundamentais de um cidadão italiano. Para atingir tal objetivo, **este** texto apresenta, inicialmente, o conceito de tutela multinível dos direitos fundamentais. Em seguida, analisam-se alguns dos riscos envolvidos em tal tutela, e por fim, faz-se uma análise do caso Melloni, demonstrando como ocorreu o rebaixamento do nível de proteção.

Palavras-chave: direitos fundamentais; sistema multinível de proteção; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; caso Melloni.

Abstract: Increasing international integration among States has led to the creation of what is called multilevel protection of fundamental rights. In Europe, such protection takes place through the protection of fundamental rights not only by the Constitutions of European States but also by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and by the European Convention on Human Rights. However, the existence of several protective instances does not automatically lead to greater protection of citizens' fundamental rights. The Melloni case is analyzed in this sense, in which the Court of Justice of the European Union has lowered the level of protection of the fundamental rights. To achieve this objective the text presents the concept of multilevel protection of fundamental rights; then some of the risks involved in such protection are analyzed; and finally, an analysis of the Melloni case is made, showing how the lowering of the level of protection occurred.

Keywords: fundamental rights; multilevel system of protection; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Melloni case.

Introdução

As alterações político-jurídicas do século XX levaram a criação daquilo que se chama de Tutela Multinível dos Direitos. Significa dizer que a defesa dos direitos fundamentais do cidadão não deve ficar apenas sob responsabilidade exclusiva de um único Estado, especialmente quando se considera que o próprio Estado é capaz de violar tais direitos. Nesse contexto, considera-se que o espaço geográfico europeu seja privilegiado por ser aquele que há mais tempo traz, como um de seus valores jurídicos, a tutela multinível dos direitos fundamentais, e pelo fato de que é nesse espaço que se situam dois dos principais mecanismos responsáveis pela tutela destes direitos, quais sejam, por um lado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e por outro, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

À existência dos dois níveis supranacionais de proteção dos direitos fundamentais acresça-se o nível nacional, simbolizado pelas Constituições dos Estados europeus. Tal situação leva à pressuposição de que existem inúmeras vantagens, na perspectiva do cidadão, em tal arranjo jurídico. De maneira sintética, pode-se afirmar que existe complementaridade entre tais níveis, já que as insuficiências de um poderiam vir a ser sanadas pelas vantagens

de outro. Contudo, o sistema de proteção dos direitos fundamentais envolve riscos, especialmente quando se considera que tais ordens jurídicas nem sempre dialogam entre si, o que acaba por minar a perspectiva de concretização da justiça para o cidadão.

O objetivo deste texto é apresentar e analisar os riscos inerentes à tutela multinível dos direitos fundamentais baseado no chamado *Acórdão Melloni*, sob a perspectiva de que tal acórdão acabou por rebaixar a proteção dos direitos fundamentais do réu com base em um formalismo jurídico exacerbado por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A primeira parte desta pesquisa discorre a respeito do surgimento da tutela multinível dos direitos fundamentais e de sua conceituação teórica. Em seguida, apresentam-se os riscos da tutela multinível, especialmente aqueles decorrentes da falta de diálogo judicial entre os Tribunais envolvidos. Na terceira parte apresenta-se o caso concreto em que houve o rebaixamento do nível de proteção dos direitos fundamentais, comprovando que a existência de vários níveis de proteção não necessariamente leva à maior proteção desses direitos.

1. Os direitos fundamentais em perspectiva nacional e supranacional: dos direitos nacionais ao direito supranacional

A garantia dos direitos fundamentais, em conjunto com a democracia e com a separação dos poderes, é um dos pilares do chamado *Estado de direito democrático*, o qual, por sua vez, corresponde à forma de organização típica dos Estados ocidentais na atualidade. Assim, vale destacar que não se pode pressupor apenas a garantia ou a presença dos direitos fundamentais no texto constitucional: é necessária sua efetiva concretização na realidade prática, pois somente o seu registro em documentos jurídicos não os asseguram ao cidadão, o verdadeiro sujeito de tais direitos.

Desse modo, uma vez que fenômenos sociais globais interferem, cada vez mais, na vida de milhões de indivíduos, a proteção dos direitos fundamentais não pode mais ficar apenas sob a responsabilidade de um único Estado. Apresenta-se claramente como necessária a coordenação de esforços entre Estados no sentido de se prover a maior proteção possível à pessoa humana,

especialmente considerando-se que sua dignidade é o valor mais importante a ser protegido¹. Além disso, como registra a História do século XX, o próprio Estado pode infringir os direitos fundamentais que ele mesmo garante², a despeito de todas as garantias jurídicas de que dispõe o cidadão. A Europa percebeu desde cedo esse perigo, até mesmo por ter sido em seu território que as violações dos direitos fundamentais, mais graves, até o momento da história humana recente, ocorreram.

Dessa forma, após o fim da Segunda Guerra Mundial verificou-se o surgimento dos direitos de terceira dimensão e do que se conhece por *constitucionalismo multinível*, conceito este definido como o processo de (re) organização dos Estados, especialmente no âmbito da Europa, que leva ao surgimento de novas formas de governança, com destaque especial para a governança compartilhada entre Estados e instituições. Assim, uma vez que os cidadãos passam a possuir múltiplas identidades, uma vinculada à sua cidade, outra vinculada ao seu país (nacionalidade) e uma última vinculada à própria União Europeia, surge a necessidade de haver coordenação entre tais esferas de governo, respectivas a cada uma das suas identidades³, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Segue-se então que a União Europeia, além de seus próprios Estados-membros, precisa garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente, quando se considera que é pressuposto de uma Constituição a previsão e a garantia de direitos fundamentais e que os tratados da União Europeia formam, em termos materiais, uma Constituição⁴. Por outras palavras, se existem vínculos político-jurídicos diretos entre os indivíduos e a *instituição* União Europeia, cabe também a essa instituição garantir aos seus cidadãos seus direitos fundamentais.

1 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 20-2.

2 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. In: **Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português**. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 4. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVITrilateral/PONENCIA%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

3 PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. In: **Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, n. 3, 2009, p. 402. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1326114>>. Acesso em 1 de junho de 2016.

4 MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 46.

A garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus ganhou impulso a partir da entrada em vigor do Tratado da União Europeia (TUE) em 2009, o qual trouxe, em seu artigo 6.º, n.º 1, o reconhecimento dos direitos fundamentais conforme enunciados na CDFUE, passando a mesma a ter valor jurídico igual ao dos demais Tratados, ou seja, passou a ser vista como direito originário da União⁵.

A tutela dos direitos fundamentais, no âmbito da União Europeia, é feita pelo TJUE, que possui competência devida para garantir a proteção desses direitos. Competência esta que se vincula não apenas à apreciação da legislação da União, mas também a ações realizadas pelos Estados-membros para pôr em prática o direito originário e o direito derivado da União Europeia. Além do TJUE, os tribunais nacionais constitucionais e ordinários possuem a prerrogativa de interpretar e aplicar as normas da União que se refiram aos direitos fundamentais⁶, sendo esta a configuração, na atualidade, da tutela multinível dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia.

De maneira sintética, é possível afirmar que a tutela multinível dos direitos fundamentais traz as seguintes vantagens:

1. Uma camada de proteção que pode suprir eventuais lacunas de outra (como parece ser o caso da proteção dos direitos sociais, garantida pelas Constituições nacionais e pela CDFUE, mas não pela CEDH);
2. Permite que outras instituições, para além do próprio Estado, apresentem-se como garantidoras dos direitos fundamentais, de maneira que haja reforço da tutela desses direitos e dos mecanismos para sua concretização;

5 MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. IN: **Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português**. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 19-20. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVITrilateral/PONENCIA%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2016; MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 456; PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, n. 3, 2009, p. 401. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1326114>>. Acesso em 1 de junho de 2016.

6 MARTINS; ROQUE, *op. cit.*, p. 30-1.

3. Assegura maiores possibilidades de acesso à justiça por parte dos cidadãos, que passam a contar com outros Tribunais, além dos nacionais, para apreciarem suas demandas⁷.

Contudo, a existência desses diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais não necessariamente traz apenas vantagens ao cidadão. Nesse sentido torna-se possível identificar riscos à tutela multinível dos direitos fundamentais que podem ser resumidos nos seguintes pontos:

1. A multiplicação de catálogos de direitos fundamentais não necessariamente leva a uma maior proteção do cidadão, especialmente devido a eventuais entraves políticos entre as instâncias jurisdicionais envolvidas;
2. Pode haver incerteza, por parte dos cidadãos, acerca de qual catálogo de direitos fundamentais deve ser invocado em seu caso concreto;
3. Ainda que com a mesma designação literal, a definição do *conteúdo* dos direitos apresentados nos diferentes catálogos pode ser variável, levando a conflitos de jurisdição;
4. A existência de vários tribunais pode delongar e encarecer o processo como um todo;
5. Pode haver decisões contraditórias entre os tribunais envolvidos, o que gera desconfiança e falta de aceitação acerca do resultado proferido⁸.

Tais riscos podem gerar o rebaixamento do nível de proteção, em direção contrária ao que se pretende quando da criação desses distintos catálogos de direitos fundamentais, como se verá a seguir.

⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. **Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português**. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014, p. 34-5. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVITrilateral/PONENCIA%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2016

2. Os riscos da tutela multinível dos direitos fundamentais

A proliferação de camadas de proteção dos direitos fundamentais pode causar o rebaixamento do nível de sua proteção, especialmente em duas perspectivas. A primeira corresponde ao eventual nivelamento *por baixo*⁹ da proteção dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, isto é, situação na qual determinado Estado reduziria seu próprio nível de proteção ao verificar que outro Estado possui um nível de proteção inferior, de maneira que o primeiro possa competir, em termos socioeconômicos ou até mesmo político-jurídicos, com o segundo. A segunda perspectiva, que será desenvolvida com maior profundidade nas páginas a seguir, diz respeito ao fato de que a multiplicidade de níveis de proteção pode fazer com que as instâncias jurisdicionais se imponham umas às outras objetivando garantir sua preponderância jurídico-política. Assim, as instâncias jurisdicionais podem acabar por rebaixar, juridicamente, o nível de proteção dos direitos fundamentais, situação em que determinado tribunal decide aplicar determinada legislação que traga como consequência uma proteção menos efetiva dos direitos do cidadão, o que se apresenta como algo contrário à busca da justiça social¹⁰.

Uma das soluções para esse problema seria por meio do chamado *diálogo judicial*¹¹, O diálogo judicial não é um “acordo” entre tribunais! o qual, apesar de se apresentar como fundamental para que haja a necessária troca de informações e de diferentes *visões de mundo* entre os envolvidos de maneira a se chegar à melhor proteção possível para o cidadão¹², parece ainda não ser suficiente para se evitar o rebaixamento do nível de proteção.

9 ROQUE, Miguel Prata. A dimensão transnacional do direito administrativo. **Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas**. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 633.

10 Um exemplo prático do rebaixamento *efetivo* do nível de proteção dos direitos fundamentais será dado na próxima seção deste artigo.

11 Entende-se *por diálogo judicial* a situação em que a instância decisória “A” se utiliza dos argumentos oriundos da instância decisória “B” não apenas no sentido de “A” fazer uma citação da jurisprudência de “B” em sua própria decisão, mas sim no sentido de haver uma real utilização, por parte de “A”, dos *valores* e dos *princípios* oriundos de “B”. A este respeito ver VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. **Teoría y Realidad Constitucional**. N. 28, 2011, p. 345-6. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6962/6660>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

12 PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, n. 3, 2009, p. 402. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1326114>>. Acesso em 1 de junho de 2016.

Nessa perspectiva, apesar da presença de pontos positivos no que diz respeito ao diálogo judicial dentro do chamado *triângulo europeu* (Estados europeus, CEDH e TJUE), tal mecanismo também recebe inúmeras críticas, especialmente quando se considera que o que ocorre no âmbito interno da União Europeia é a *imposição judicial* e não um verdadeiro diálogo judicial. Dessa forma, ainda que o relacionamento entre o juiz nacional e o juiz europeu se fundamente no princípio da igualdade devido à ausência de hierarquia formal entre ambos, na prática acaba por haver a centralidade da posição do juiz europeu, nomeadamente do TJUE, passando este a ser o único titular da possibilidade de interpretação do direito europeu devido ao processo de questões prejudiciais previsto no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia¹³.

Outra crítica que se faz ao diálogo judicial, nos moldes atuais, diz respeito à diferença entre *diálogo* e *influência*. Questiona-se se existe efetivo diálogo judicial em situações em que apenas um tribunal se utiliza dos valores e princípios do outro sem haver reciprocidade: não se pode falar em *diálogo* se não houver interação entre os tribunais, mas apenas *influência* de um sobre outro, especialmente nos casos em que um tribunal simplesmente se apropria da jurisprudência de tribunais dotados de maior prestígio¹⁴ ou quando um tribunal, efetivamente, se submete a outro. Nessas situações torna-se possível afirmar que não há comparações entre direitos distintos, e muito menos diálogo entre tribunais, mas sim a simples apropriação por um tribunal daquilo que lhe é mais conveniente, para formular a justificativa de sua tomada de posição ou até mesmo para apenas sustentá-la, quando esta já estiver definida¹⁵.

A comprovação prática da ausência de diálogo judicial, no âmbito da União Europeia, parece estar presente no *Parecer 2/13* do TJUE, que analisou as condições de acesso da União Europeia à CEDH tendo-se por base o que está previsto no artigo 6.º, n.º 2 do TUE. Ainda que todos os Estados-membros da

13 DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa**. História e atualidade. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2014, p. 266. Disponível em <http://www.academia.edu/10339157/A_tutela_multin%C3%ADvel_dos_direitos_Quantidade_é_sinónimo_de_qualidade>. Acesso em 13 de junho de 2016.

14 VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. **Teoría y Realidad Constitucional**. N. 28, 2011, p. 349. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6962/6660>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

15 *Ibid.*, p. 358.

União Europeia sejam também membros da CEDH, e ainda que o Conselho da Europa e a União Europeia tenham “papéis diferentes [mas] valores compartilhados”¹⁶, o TJUE decidiu pela *incompatibilidade* do Acordo de Adesão da União Europeia à CEDH, em fins de 2014, fato esse que, infelizmente, vem a contribuir com a situação de crise que atualmente existe na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos no espaço europeu. É por esse motivo que a maior parte da doutrina se posicionou de maneira contrária ao *Parecer 2/13*. Como afirmou Gragl¹⁷, algo está mal colocado quando “a promessa de uma proteção mais efetiva e coerente dos direitos humanos na Europa é rejeitada em favor da autonomia jurídica [da União Europeia]”. Essas críticas se sustentam no fato de que o *Parecer 2/13*, ao enfatizar, constantemente, o primado, a unidade e a efetividade do direito da União, deixou de lado aquele que é o primeiro valor da União Europeia: a dignidade humana, que é concretizada por meio da máxima proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o TJUE preferiu “priorizar outros princípios constitucionais [...] em detrimento do respeito aos direitos fundamentais”, o que, em consequência, enfraqueceu as “credenciais constitucionais da União Europeia”¹⁸. Dessa forma, o cidadão pode vir a não ter seu direito tutelado porque, conforme o artigo 35.º da CEDH, o cidadão precisa esgotar todas as vias internas para poder buscar a defesa de seus direitos junto ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Como a União Europeia não faz parte da CEDH, o TEDH não tem jurisdição sobre ela para condená-la em caso de violação de direitos. Mais que isso, caso o infrator dos direitos fundamentais seja a União Europeia e/ou uma de suas instituições o cidadão, atualmente, irá peticionar contra o Estado-membro da União Europeia que colocou tal ação em prática, e não contra a própria União Europeia. Esse Estado-membro, contudo, não pode ser condenado, já que não foi ele o infrator do direito fundamental do

16 Título do texto que está disponível em <<http://www.coe.int/en/web/portal/european-union>>. Acesso em 30 de junho de 2016.

17 GRAGL, Paul. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015, p. 3. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2563455>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

18 NANOPOULOS, Eva. Killing two birds with one stone? The Court of Justice's opinion on the EU's accession to the ECHR. **The Cambridge Law Journal**. Vol. 74, n. 2, 2015, 187. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S0008197315000458>>. Acesso em 3 de junho de 2016.

cidadão. Consequentemente, o cidadão poderia ver seu direito fundamental ser infringido sem ter a quem recorrer¹⁹.

Com base no exposto, o que se percebe é que a despeito dos benefícios decorrentes da tutela multinível dos direitos fundamentais apresentam-se ainda inúmeros problemas decorrentes da pluralidade de níveis de proteção, o que inclusive pode ser visto como uma comprovação da falta de diálogo judicial entre os órgãos jurisdicionais no espaço europeu. Uma das maneiras de se solucionar tais problemas é por meio do estabelecimento de margens de apreciação, por parte dos Tribunais envolvidos quando compartilham responsabilidades²⁰, o que corresponde à existência efetiva do diálogo judicial entre os Tribunais envolvidos – o que, como se verá a seguir, nem sempre ocorre.

3. O *acórdão Melloni* e o rebaixamento do nível de proteção dos direitos fundamentais

No âmbito de um sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais, a ênfase deve ser dada não à ampliação das competências de um ou de outro Tribunal, especialmente, porque esta “competição” entre Tribunais no sentido de se definir qual pode “fazer mais” pode não trazer resultados práticos, mas sim à busca de uma “proteção legal funcional, eficiente e rápida” aos cidadãos²¹. Caso contrário corre-se o risco de ocorrer aquilo que, do ponto de vista do cidadão, talvez seja o pior que possa lhe ocorrer em termos da defesa de seus direitos: o rebaixamento do nível de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, torna-se relevante a análise do chamado *acórdão Melloni*. A situação apresentada é importante não apenas no que concerne ao relacionamento entre o Tribunal Constitucional Espanhol e o TJUE, mas também,

19 GRAGL, Paul. Accession revisited: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy?. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2011, p. 70. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2180452>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

20 VOBKUHLE, Andreas. Protection of human rights in the European Union. Multilevel cooperation on human rights between the European Constitutional Courts. In: **Our Common Future**. Hannover, 4 de novembro de 2010, p. 3-4. Disponível em <http://www.ourcommonfuture.de/fileadmin/user_upload/dateien/Reden/Vosskuhle.pdf>. Acesso em 11 de junho de 2016.

21 *Ibidem*, p. 5.

e principalmente, no que diz respeito ao relacionamento entre ordens jurídicas distintas, com diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais²², sendo que a decisão final gerou o rebaixamento do nível de proteção de tais direitos, ou seja, verificou-se nesse caso que *quantidade não é sinónimo de qualidade*²³.

3.1 O caso Melloni

Em resumo, o chamado *caso Melloni* diz respeito a situação do Senhor Stefano Melloni, cidadão italiano que foi condenado pela Justiça de seu país, pelo crime de falência fraudulenta. Tendo a Itália emitido mandados de detenção, a Câmara Penal da Audiência Nacional da Espanha, país onde o Sr. Melloni havia sido detido, decidiu por sua extradição, cumprindo os mandados de detenção. Uma vez conseguido a liberdade por meio do pagamento de fiança, o Sr. Melloni fugiu para não ser entregue às autoridades italianas²⁴.

O Tribunal de Ferrara, responsável pelo caso na Itália, prosseguiu com o julgamento mesmo na ausência do Sr. Melloni, considerando-se a presença dos advogados que teriam sido indicados pelo réu para representá-lo. O Sr. Melloni foi considerado culpado em todas as instâncias (Tribunal de Ferrara, Corte de Apelação de Bolonha e Corte Suprema de Cassação da Itália), pelo que o Procurador-Geral da República Italiana, na Corte de Apelação de Bolonha, tinha emitido um mandado de detenção europeu para que fosse executada a pena proferida pelo Tribunal de Ferrara: prisão de dez anos. Na ocasião, como ele estava detido na Espanha, o Tribunal Central de Instrução enviou o caso à

22 PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. **European Constitutional Law Review**. Vol. 10, n. 2, 2014, p. 308. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S1574019614001199>>. Acesso em 3 de junho de 2016.

23 DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa**. História e atualidade. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2014. Disponível em <http://www.academia.edu/10339157/A_tutela_multin%C3%ADvel_dos_direitos_Quantidade_é_sinónimo_de_qualidade>. Acesso em 13 de junho de 2016.

24 TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-399/11 (Acórdão Melloni)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013, p. 6, parágrafos 13-4. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=134203&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em 4 de junho de 2016.

Câmara Penal da Audiência Nacional espanhola com o objetivo de executar o mandado de detenção europeu²⁵.

O Sr. Melloni argumentou, em sua defesa, que havia destituído os advogados aos quais as notificações sobre seu processo haviam sido enviadas, tendo designado outro em seu lugar, o que caracterizaria um julgamento à revelia. Argumentou também que a lei italiana não prevê a possibilidade de interposição de recurso nos casos de condenações proferidas na ausência do réu, de maneira que a execução do mandado de detenção europeu só poderia ser realizada se garantisse o duplo grau de jurisdição. A Câmara Penal da Audiência Nacional, contudo, não aceitou esses argumentos, já que o réu não conseguira provar a destituição dos advogados e a nomeação de outro para representá-lo em seu processo, considerando válidos todos os procedimentos realizados já que todos os direitos de defesa tinham sido respeitados²⁶.

O Sr. Melloni, então, entrou com o chamado “recurso de amparo”, ou seja, com uma queixa constitucional, junto ao Tribunal Constitucional espanhol argumentando, com base na Constituição da Espanha, que não teria tido direito a um julgamento justo, já que a eventual execução do mandado de detenção europeu só poderia ser realizada se garantisse sua dignidade humana por corresponder, na prática, ao seu envio para um Estado que não permite duplo grau de jurisdição em julgamentos de crimes muito graves realizados na ausência do réu. Ou seja, o réu não poderia exercer seus direitos de defesa na totalidade.

A Primeira Seção do Tribunal Constitucional admitiu o recurso de amparo, tendo o processo, posteriormente, sido avocado pelo Plenário do Tribunal Constitucional espanhol²⁷, que considerou que a execução do mandado de detenção europeu pela Câmara Penal da Audiência Nacional configuraria uma violação indireta do direito a um julgamento justo, lesando, portanto, o conteúdo essencial do referido direito e, conseqüentemente, também a dignidade do réu²⁸. Tendo-se em vista tal situação, o Tribunal Constitucional espanhol deu

25 *Ibidem*, p. 6, parágrafos 14-5.

26 TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-399/11 (Acórdão Melloni)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013, p. 6-7, parágrafos 16-7. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=134203&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em 4 de junho de 2016.

27 *Ibidem*, p. 7, parágrafos 18-9.

28 *Ibidem*, p. 7, parágrafos 20-1.

início a um processo de questão prejudicial por meio do envio ao TJUE de três questionamentos²⁹. Apresentou-se, portanto, uma excelente oportunidade para que ocorresse o esperado diálogo judicial entre os dois tribunais, especialmente porque o próprio Tribunal Constitucional espanhol ofereceu, em seu pedido, possíveis interpretações acerca do artigo 53.º da CDFUE³⁰.

3.2 O acórdão Melloni e o rebaixamento do nível de proteção

Qual a decisão no caso Melloni? O TJUE ignorou as sugestões feitas pelo Tribunal Constitucional espanhol, encerrando o pretendido diálogo judicial, e afastou de pronto qualquer possibilidade de os Estados-membros aplicarem níveis de proteção dos direitos fundamentais que fossem superiores àqueles estabelecidos na CDFUE, e fez isso com base no “primado, na unidade e na efetividade do direito da União”, reduzindo “o significado do artigo 53.º [da CDFUE] à insignificância”³¹. Significa dizer que o nível de proteção garantido pelos Estados-membros não pode infringir “o primado, a unidade e a efetividade do direito da União”, isto é, que o nível de proteção europeu é o máximo a ser posto em prática pelos Estados-membros, se supuser que o nível nacional, eventualmente mais elevado que o europeu, infrinja os princípios da União³². Ou seja, poderá haver casos em que o nível de proteção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados-membros seja *mais elevado* do que aquele previsto pela CDFUE – ou do que aquele *interpretado* pelo TJUE – mas, mesmo assim, os Estados-membros deverão pôr de lado sua própria proteção *mais elevada* para garantir um nível *inferior* de proteção dos direitos fundamentais, rebaixando, portanto, a potencial proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

29 *Ibidem*, p. 8-9.

30 PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. **European Constitutional Law Review**. Vol. 10, n. 2, 2014, p. 311. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S1574019614001199>>. Acesso em 3 de junho de 2016.

31 BESSELINK, Leonard F. M. The parameters of constitutional conflict after Melloni. **European Law Review**. Vol. 39, n. 3, 2014, p. 3. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2345143>>. Acesso em 7 de junho de 2016.

32 *Ibidem*.

Esse entendimento é reforçado, mais uma vez, no *acórdão Melloni* quando o TJUE afirma que permitir a um Estado-membro invocar o artigo 53.º da CDFUE para defender a garantia de um nível mais elevado de proteção do direito fundamental, com base em seu próprio direito constitucional “levaria, ao pôr em causa a uniformidade do padrão de proteção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a eficácia da referida decisão-quadro”³³.

A consequência prática do *acórdão Melloni* foi a *determinação*, por parte do TJUE – e não da *sugestão* oriunda do resultado do diálogo judicial –, do rebaixamento do nível de proteção dos direitos fundamentais por parte do Tribunal Constitucional espanhol³⁴ – e isto a despeito da opinião do Advogado-Geral Yves Bot, que deixou explícito em suas *Conclusões* que a CDFUE, conforme interpretada pelo TJUE, não pode fazer com que os Estados-membros reduzam seu nível de proteção³⁵.

Ainda, importa destacar que o TJUE, com o *acórdão Melloni*, acabou por violar alguns dos valores mais caros à própria União Europeia³⁶, que estão explicitados no artigo 2.º do TUE, sendo que o primeiro deles – que em realidade sintetiza todos os seguintes – é o respeito à dignidade dos cidadãos.

33 TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-399/11 (Acórdão Melloni)**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013, p. 14-5, parágrafo 63, grifo nosso. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=134203&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em 4 de junho de 2016.

34 LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. **German Law Journal**. Vol. 16, n. 1, 2015, p. 190. Disponível em <http://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56c84fef055e95324090f83/1455968241242/PDF_Vol_16_No_01_Special_179-212_Lazowski.pdf>. Acesso em 3 de junho de 2016; BESSELINK, *op. cit.*, p. 23; PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. **European Constitutional Law Review**. Vol. 10, n. 2, 2014, p. 318. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S1574019614001199>>. Acesso em 3 de junho de 2016.

35 TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo C-399/11 (Acórdão Melloni)**. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 2 de outubro de 2012, p. 21, parágrafo 134. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=127841&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em 4 de junho de 2016.

36 BESSELINK, Leonard F. M. The parameters of constitutional conflict after Melloni. **European Law Review**. Vol. 39, n. 3, 2014, p. 24. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2345143>>. Acesso em 7 de junho de 2016.

Por sua vez, esta só pode ser concretizada se forem respeitados e protegidos os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, não há nenhuma indicação de que o princípio do primado do direito da União ou o princípio da confiança mútua sejam fundamentais a ponto de estarem presentes nos Tratados. Assim, mesmo que se considere que uma das pré-condições para o exercício do primado corresponda ao respeito aos direitos fundamentais³⁷, seria de se esperar do TJUE uma postura mais voltada ao diálogo judicial com o objetivo de buscar a maior proteção possível dos direitos fundamentais dos cidadãos no caso concreto.

Conclusão

Os direitos fundamentais, uma vez alçados à principal ferramenta de concretização do princípio da dignidade humana, apresentam-se como elementos basilares de qualquer Estado de direito democrático que efetivamente queira sê-lo. Dessa forma, apresenta-se como fundamental não apenas sua presença normativa, “no texto da lei”, mas também a sua concretização e efetividade no mundo real dos cidadãos. A concretização e efetivação desses direitos, contudo, deixou de ser prerrogativa exclusiva do chamado “Estado-nação” para ser também responsabilidade dos próprios cidadãos, uns com os outros, e também das instituições que atuam em âmbito internacional, nomeadamente, daquelas criadas pelos próprios Estados para atuar em defesa de seus interesses.

Nesse sentido, a existência da União Europeia e a defesa que ela faz dos direitos fundamentais com base na sua Carta de Direitos Fundamentais também são elementos que demonstram a importância que os direitos fundamentais têm na definição da vida dos cidadãos. Mais ainda, a existência da CDFUE e sua equiparação jurídica aos Tratados institutivos da União demonstram o compromisso que o bloco europeu tem com a defesa dos direitos fundamentais, o que se apresenta com extrema força simbólica por ser o continente europeu um espaço de vanguarda na garantia da vida digna de seus cidadãos.

Entretanto, a existência destes três níveis de proteção – o nacional, o supranacional (europeu) e o internacional (da CEDH) – não necessariamente leva a um nível *mais elevado* de proteção dos direitos fundamentais, como seria

37 PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. *European Constitutional Law Review*. Vol. 10, n. 2, 2014, p. 319. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S1574019614001199>>. Acesso em 3 de junho de 2016.

de se esperar. Ainda que seja possível afirmar que exista certa equiparação entre os direitos fundamentais protegidos por essas três ordens jurídicas, o nível de proteção, em cada uma delas, é relativamente diferenciado, de maneira a existirem lacunas que, eventualmente, poderão fazer com que o cidadão deixe de ter seus direitos devidamente tutelados, o que por si só já seria uma infração de seus direitos fundamentais.

Uma das maneiras apresentadas pela doutrina para a solução desses problemas é utilizar o chamado *diálogo judicial*, ou seja, a constante troca de informações entre ordens jurídicas, de maneira que uma possa vir a conhecer os argumentos da outra, objetivando assim o intercâmbio de ideias que permitam a máxima justiça ao cidadão.

Tal diálogo, contudo, parece não existir na realidade prática. Inclusive, percebeu-se sua ausência no chamado *caso Melloni*, já que o Tribunal Constitucional espanhol, no envio de uma questão prejudicial ao TJUE, sugeriu três possíveis interpretações para o artigo 53.º da CDFUE e nenhuma delas foi aceita por este último Tribunal – que, em vez de se engajar no diálogo judicial, optou por tomar uma decisão final a respeito da interpretação do referido artigo, impondo, dessa forma, tal interpretação ao Tribunal Constitucional espanhol com base no primado, na unidade e na efetividade do direito da União.

Assim, ainda que existam inúmeras vantagens acerca da tutela multinível dos direitos fundamentais, seus riscos também se apresentam como relevantes. Tais riscos precisam ser minimizados para que os direitos fundamentais possam ser, efetivamente, tutelados de maneira efetiva e que, em consequência, seja também efetivada a cidadania, a democracia e a dignidade, concretizando, em última instância, a justiça social que o cidadão almeja.

Referências

BESSELINK, Leonard F. M. **The parameters of constitutional conflict after Melloni**. *European Law Review*. Vol. 39, n. 3, 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2345143>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

DAMELE, Giovanni; PALLANTE, Francesco. A tutela multinível dos direitos: quantidade é sinónimo de qualidade? In: MARQUES, A.; BARCELOS, P. **Direitos fundamentais e soberania na Europa. História e atualidade**. Lisboa:

Instituto de Filosofia da Nova, 2014. Disponível em <http://www.academia.edu/10339157/A_tutela_multin%C3%ADvel_dos_direitos_Quantidade_é_sinónimo_de_qualidade>. Acesso em: 13 jun. 2016.

GRAGL, Paul. Accession revisited: will fundamental rights protection trump the European Union's legal autonomy?. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2180452>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. The reasonableness of jealousy: Opinion 2/13 and EU accession to the ECHR. Versão prévia à publicação. In: BENEDEK, Wolfgang; BENOÎT-ROHMER, Florence; KARL, Wolfram; NOWAK, Manfred (eds.). **European Yearbook on Human Rights**. Viena: Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH, 2015. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2563455>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

KOMÁREK, Jan. The place of constitutional courts in the EU. **European Constitutional Law Review**. Vol. 9, n. 3, 2013. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S157401961200123X>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

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

LAZOWSKI, Adam; WESSEL, Ramses A. When caveats turn into locks: Opinion 2/13 on accession of the European Union to the ECHR. **German Law Journal**. Vol. 16, n. 1, 2015. Disponível em <http://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56c84feff055e95324090f83/1455968241242/PDF_Vol_16_No_01_Special_179-212_Lazowski.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2014.

_____; ROQUE, Miguel Prata. A tutela multinível dos direitos fundamentais: a posição do Tribunal Constitucional Português. In: **Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português**. Santiago de Compostela, Espanha, 16-18 de outubro de 2014. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XVITrilateral/PONENCIA%20PORTUGAL.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

NANOPOULOS, Eva. Killing two birds with one stone? The Court of Justice's opinion on the EU's accession to the ECHR. In: **The Cambridge Law Journal**. Vol. 74, n. 2, 2015. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S0008197315000458>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

PÉREZ, Aida Torres. Melloni in three acts: from dialogue to monologue. In: **European Constitutional Law Review**. Vol. 10, n. 2, 2014. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S1574019614001199>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. In: **Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, n. 3, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1326114>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

_____; KANITZ, Ralf. Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe. WHI Paper 7/04. In: **Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht**. Humboldt-Universität zu Berlin. Março de 2004. Disponível em <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0704.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

REESTMAN, J-H.; BESSELINK, Leonard F. M. After Åkerberg Fransson and Melloni. Editorial. **European Constitutional Law Review**. Vol. 9, n. 2, 2013. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1017/S1574019612001095>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

ROQUE, Miguel Prata. A dimensão transnacional do direito administrativo. **Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas**. Lisboa: AAFDL, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

TJUE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C-399/11 (Acórdão Melloni). **Acórdão do Tribunal de Justiça** (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=134203&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em: 4 jun. 2016.

_____. Processo C-399/11 (Acórdão Melloni). **Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 2 de outubro de 2012**. Disponível em

<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=127841&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em: 4 jun. 2016.

_____. Processo C-399/11 (Acórdão Melloni). **Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional, Madrid (Espanha) em 28 de Julho de 2011.** Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=113469&occ=first&dir=&cid=178570>. Acesso em: 4 jun. 2016.

VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre tribunales. In: **Teoría y Realidad Constitucional**. N. 28, 2011. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6962/6660>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

VOßKUHLE, Andreas. Protection of human rights in the European Union. Multilevel cooperation on human rights between the European Constitutional Courts. In: **Our Common Future**. Hannover, 4 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.ourcommonfuture.de/fileadmin/user_upload/dateien/Reden/Vosskuhle.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2016.

Problemas constitucionais em torno do anonimato na internet: Liberdade de Expressão *versus* Segurança Nacional

Constitutional issues regarding anonymity on the internet: *Freedom of Speech vs. National Security*

Márcio Ricardo Ferreira

Resumo: O anonimato na internet é um dos mecanismos de maior importância para a efetividade de outros direitos fundamentais, como por exemplo, a liberdade de expressão, a privacidade, o direito de informar e ser informado. Apesar de propiciar esses benefícios, a falta de identificação dos usuários na internet pode gerar alguns conflitos no que se refere à segurança nacional. Por isso, expressar a opinião de forma anônima já está consagrada legalmente, no âmbito das comunicações e muito discutida em ambiente virtual, tem beneficiado o terrorismo, a manifestação criminosa e a opinião desproporcional. Portanto, esta pesquisa propõe uma reflexão sobre a nova configuração social e a interpretação moderna do texto constitucional brasileiro, em relação a sua vedação ao anonimato. O principal resultado encontrado foi o método de interpretação proporcional, muito eficiente na resolução de conflitos constitucionais ao fazer o alinhamento dos princípios e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Anonimato. Liberdade de expressão. Novas tecnologias. Ciberterrorismo. Segurança Nacional.

Abstract: Anonymity on the Internet is one of the most important mechanisms for the effectiveness of other fundamental rights, such as freedom of speech, privacy, the right to inform and be informed. In spite of these

benefits, the lack of identification of users on the Internet may generate certain conflicts with regard to national security. Due to that, stating one's opinion in an anonymous manner has already been legally established within the scope of communications, but is still widely discussed in virtual environments, given that it has benefited terrorism, criminal statements and disproportionate opinions. Therefore, this text proposes a reflection on the new social configuration and the modern interpretation of the Brazilian Constitution in relation to its anonymity prohibition. The main result found was the proportionate interpretation method, which is quite efficient in settling constitutional conflicts by aligning the fundamental principles and rights.

Keywords: Anonymity. Freedom of speech new. New technologies. Cyberterrorism. National Security.

Introdução

A internet se firmou como um dos mecanismos de maior importância para a efetividade da livre manifestação do pensamento, do direito de informar e ser informado. Todavia, a salvaguarda do *direito ao anonimato*, que pode assegurar a proteção à liberdade de expressão, se configura como um problema a ser discutido, uma vez que, a participação política, a manifestação de opinião e, inclusive, as compras e transações econômicas feitas no ciberespaço podem exigir, em certas ocasiões, a salvaguarda da própria identidade.

Entretanto, a falta de identificação dos usuários na rede pode gerar conflitos constitucionais, levando alguns países a vedar esta prerrogativa em nome da Segurança Nacional. No que se refere ao artigo 5º da Carta Magna brasileira, o texto propõe uma reflexão sobre a nova configuração social e o direito ao anonimato na internet, consagrado legalmente no âmbito das comunicações, mas muito discutido em ambiente virtual.

Contextualizando a questão, apresenta-se situações em que o anonimato contribui, sensivelmente, para a execução de crimes virtuais, conhecidos como *Cyberterrorismo*, sendo este o principal motivo deste estudo que fará um breve relato dos perigos da internet, em tempos de vigilância global, monitoramento e controle estatal, propondo uma análise dos problemas suscitados pelos “*Ciberdelítos*”, especialmente naquilo que se refere à “*Sociedade do Risco*” (BECK, 2014).

Feitas tais considerações, este estudo concentrará seus esforços na realidade constitucional brasileira, explorando de que forma o anonimato beneficia

o exercício da liberdade de opinião e propondo uma interpretação, mais satisfatória, do quadro jurídico inserido no artigo 5º, IV, que limita o exercício da liberdade de expressão. Assim, toda investigação terá como objetivo principal, a análise do conflito identificado na Constituição Federal Brasileira, que garante a liberdade de expressão, mas que, proíbe o anonimato. Utilizando-se do método comparativo-dedutivo, foram observados os mecanismos constitucionais de efetividade dos direitos de informar e ser informado, a livre manifestação do pensamento e opinião, em uma análise geral do tema para depois efetivar a pesquisa de forma mais específica.

1. O argumento antiterrorista contra o anonimato

“É possível que, de uma forma geral, os cidadãos aceitem que a perda da privacidade seja o preço a ser pago pela segurança”.

David Lyon

O processo de modernização da sociedade trouxe consigo batalhas diferentes, nunca antes vistas. Inclusive, os chamados Think Tanks¹ afirmam categoricamente que o mundo está na iminência de assistir a *Primeira Guerra Mundial Cibernética*, pois o ciberespaço se converteu em um lugar estratégico para governos, exércitos, serviços de inteligência e terroristas, todos em uma batalha virtual para dominar esse novo espaço.

O fato é que as Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação estão sendo utilizadas por meliantes, como meio, muito eficaz, para cometer crimes e causar terror na sociedade. Além de utilizar a internet para cometer crimes comuns, esses delinquentes informáticos passaram a utilizar a grande rede com objetivos mais ousados, como por exemplo, o chamado *CiberTerrorismo*².

1 Também chamados de círculo de reflexão ou fábrica de ideias, os *Think Tanks* são organizações que atuam no campo dos grupos de interesse, produzindo e difundindo conhecimento sobre assuntos estratégicos, com vistas a influenciar transformações sociais, políticas, econômicas ou científicas.

2 O termo Ciberterrorismo refere-se aos ataques a sistemas informáticos motivados politicamente e realizados para intimidar ou coacionar os Estados à troca de determinadas prestações, sendo, atualmente, mais utilizado em seu sentido amplo, no qual é visto como forma de referir-se aos efeitos do risco social que proporciona a união entre terrorismo global e novas tecnologias da informação e comunicação ou seja, para englobar todo um grupo de comportamentos distintos levados a cabo

O Estado Islâmico, por exemplo, já conta com seus próprios canais e mecanismos digitais³, tendo como principal objetivo abalar as infraestruturas de um governo ou mesmo de uma instituição política, desestabilizando uma ordem instituída ou um poder instaurado, que em geral, são fundamentadas por razões ideológicas ou políticas. Na definição de Miró Llinares⁴:

Com efeito, o término Cyberterrorismo foi utilizado pela primeira vez para referir-se aos ataques a sistemas informáticos com efeitos tão graves que geram um temor comparável ao que produz o terrorismo tradicional, como para englobar os ataques a sistemas informáticos motivados politicamente e realizados para intimidar ou coagir os Estados a mudar determinadas prestações, hoje o mesmo se utiliza, em sentido amplo, como forma para referir-se aos efeitos de risco social que leva a união entre terrorismo global e novas tecnologias da informação e da comunicação, isto é, para englobar todo um grupo de comportamentos distintos levados a cabo por organizações terroristas caracterizados todos eles pela utilização da Red para a difusão e comunicação de conteúdos relacionados com a atividade de banda armada ou para a realização de ataques informáticos diretos tal e como já demonstraram alguns estudos criminológicos.

Em outubro de 2016, Hackers⁵ criaram uma nova tática terrorista utilizando a tecnologia com o objetivo de desestabilizar o Estado americano (DDoS - Ataque de Denegação de Serviços) atingindo gigantes como *Netflix*, *PayPal*, *Twitter* y *Spotify* y *AirBnB* tornando um servidor, um serviço ou uma infraestrutura indisponível ao sobrecarregar a largura da banda larga, fazendo uso de seus recursos até que se esgotassem.

por organizações terroristas mas caracterizados todos eles pela utilização da rede para a difusão e comunicação de conteúdos relacionados com a atividade da banda armada ou para a realização de ataques informáticos diretos. Disponível em: <<https://canalcienciascriminales.com.br/ciberterrorismo-visao-criminologica/>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

- 3 Leia mais em: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-cyberyihadismo-cuando-terror-beneficia-nuevas-tecnologias-201512082338_noticia.html#ns_campaign=abc-es&ns_mchannel=m&ns_source=noticia&ns_linkname=url-relacionada&ns_fee=0>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- 4 LLINARES, Fernando Miró. **El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio**. Marcial Pons. Madrid. 2012, p.128.
- 5 Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/ataque-contra-servidores-nos-eua-desacelera-internet-no-mundo/#>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Outro ataque sofrido pelo Estado americano, em 2016, foi executado por uma equipe de contraespionagem, ligada ao governo russo, que invadiu o comitê democrata americano tendo acesso aos e-mails sigilosos⁶. Para as agências de inteligência dos EUA, os hackers agiram com o fim de desacreditar o processo eleitoral americano para minar a candidatura democrata. Sobre esse tipo de criminalidade, Llinareso esclarece

a possibilidade de utilização das TIC's para a realização de ataques premeditados e políticos contra sistemas de informação que sejam um potencial objetivo, assim como para a difusão de seus fins e logros, com a consequente colocação em perigo dos interesses individuais de pessoas e a afetação da paz social como em qualquer outra forma de ameaça terrorista⁷.

Convém ainda destacar que o cyberterrorismo⁸ político pode ser perpetrado por indivíduos, grupos, instituições e até mesmo Estados que, por vezes, utilizam a Internet para atacar outros Estados ou instituições não governamentais.

Por isso, o terrorismo informático é visto como uma enfermidade da era da informação, que utiliza o ciberespaço como um campo de batalhas. A tolerância zero instalou-se no espaço virtual, sendo uma das prioridades dos estados que tratam de aplicar penas extremas e formas expansivas de persecução penal, pois os ataques a sistemas de computadores são muito frequentes.

Vê-se, portanto, o porquê de tanta objeção ao anonimato. Pois, quando se leva em conta a invisibilidade dos terroristas na internet, torna-se compreensível, de certa forma, o combate a navegação inominada, pois neste caso, não é a liberdade de expressão que está em jogo, e sim, uma liberdade que possibilita crimes sem identificação do culpado.

6 Foi o primeiro sinal crítico de uma campanha de ciberespionagem e guerra de informações destinada a interferir na eleição presidencial de 2016, a primeira tentativa do gênero por um governo estrangeiro na história dos EUA. O que começou como uma operação de obtenção de informações, segundo autoridades da inteligência, afinal se transformou em um esforço para prejudicar uma candidata, Hillary Clinton, e inclinar a eleição para seu adversário, *Donald Trump*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/the-new-york-times/2016/12/14/como-hackers-ligados-ao-governo-russo-invadiram-a-eleicao-americana.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2017

7 LLINARES, Fernando Miró. **El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio**. Marcial Pons. Madrid. 2012, p.128.

8 Sobre o término *Cyberterrorismo* e suas distintas nomenclaturas, veja o trabalho de BALLARD, J. D.; HORNIK, J.G., *Technological Facilitation of Terrorism: definitional, legal and policy issues*, em ABS, vol. 45, núm. 6, 2002, pp. 990 e ss.

Corroborando a ideia, o diretor do Serviço Federal de Segurança russo, Alexander Bórtinikov declarou que para lutar de maneira eficaz contra os planos terroristas internacionais, é necessário solucionar a falta de controle na internet⁹ e o problema do anonimato no espaço virtual global, principal arma utilizada pelos terroristas, porque sem instituições responsáveis nem regras, o mundo cibernético está passando do mito libertário de autorregulação, neutralidade e anonimato, para sistemas regionais ou estatais que se sobrepõem. O banimento do anonimato garantirá que os responsáveis por atos criminosos na rede possam ser identificados e levados ante a justiça.

Segundo alguns especialistas, algumas ferramentas são utilizadas pelos cibercriminosos que perseguem o anonimato, na rede, para ocultar a direção IP, como por exemplo, um programa chamado “TOR”. “Há um submundo mais obscuro e profundo no qual existe atividade ilegal. Desde o navegador TOR se acessa a chamada ‘Deep Web’ ou internet profunda, que garante o anonimato e a privacidade. Através deste site, os Islamitas difundem sua propaganda para tentar captar novos membros”¹⁰. Assim, o “TOR” assegura o anonimato na internet que se tornou uma poderosa arma utilizada pelos terroristas. Este é o principal argumento dos serviços de inteligência e dos corpos policiais, que alegam que as comunicações anônimas dificultam a investigação e facilitam o terrorismo.

Mas, em sentido diametralmente oposto, um grupo de especialistas reunidos na *Cúpula sobre Democracia, Terrorismo e Segurança de Madri*, defende que restringir o anonimato na Internet, mais do que evitar as ações terroristas, poderia colocar em perigo as pessoas que utilizam essa ferramenta para se expressar e promover a democracia em países autoritários. Assim, a limitação da liberdade, do direito ao anonimato na Internet prejudicaria o desenvolvimento da democracia, além de contribuir para o fim do terrorismo¹¹.

A comunicação anônima é considerada como pedra angular de uma cultura de internet, que promove o intercâmbio e a liberdade de expressão. Assim,

9 Leia mais em: <<https://mundo.sputniknews.com/seguridad/201607271062482175-rusia-lucha-terrorismo-fsb/>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

10 Disponível em: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-cyberyihadismo-cuando-terror-beneficia-nuevas-tecnologias-201512082338_noticia.html#ns_campaign=abc-es&ns_mchannel=m&ns_source=noticia&ns_linkname=url-relacionada&ns_fee=0>. Acesso em: 20 jan. 2017.

11 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2005/03/10/ult34u120194.jhtm>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

os defensores da navegação anônima defendem que os governos não podem espionar seus cidadãos assegurando a privacidade e a liberdade de expressão.

Por fim, o maior argumento contra o anonimato na rede é apresentado pela chamada “Sociedade do Risco”, na qual, vários países do mundo, vítimas do terrorismo fazem parte, e que por isso demonstram-se contrários à navegação apócrifa, alegando que o anonimato abre as portas para muitas formas de condutas delitivas e antissociais, deixando a sociedade indefesa.

Apesar da relevância dos motivos do terrorismo e da segurança nacional para a vedação ao anonimato, para os objetivos deste estudo o foco serão concentrados nas disposições constitucionais da Carta Maior brasileira, pois no Brasil, o argumento para a vedação do anonimato, diferentemente dos EUA e dos países europeus, não se pauta no argumento antiterrorista, mas no que determina a constituição, o que gera uma série de conflitos entre os diversos direitos fundamentais garantidos pela própria Carta Magna. Na continuação deste problema serão discutidas essas incongruências constitucionais, com a pretensão de interpretar o que o legislador constituinte quis proibir, já que naquela época, ele sequer seria capaz de imaginar as proporções da liberdade de expressão, com o advento da internet.

2. O conflito constitucional de interesses

O objetivo final da Internet é o de apoiar e melhorar nossa existência em rede no mundo.

Tim Berners-Lee

A Carta Magna brasileira proíbe, expressamente, o anonimato em qualquer situação. A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, IV, limita o exercício da liberdade de expressão ao dispor que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Essa oposição constitucional ao anonimato, criada pelo legislador de 1988, visava impedir que indivíduos criminosos se ocultassem para ofender e causar danos à honra e à imagem de terceiros, pois como foi visto, anteriormente, a invisibilidade e a falta de identificação dos internautas na *Grande Rede* facilita a prática de ilícitos. Portanto, não se deve admitir o anonimato como instrumento para prática de crimes na internet, especialmente contra a honra, nem mesmo para atos que causem danos materiais contra

terceiros. Cabe registrar, que a vedação constitucional ao anonimato não é uma novidade no constitucionalismo brasileiro, porque a Carta Maior de 1891, em seu artigo 72, já apresentava previsão legal nesse sentido:

§12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

O assunto, sem dúvida, levanta uma série de questões, em virtude de se ter uma Constituição formada de termos gerais, baseados em uma sociedade complexa. A Constituição de 1988 já tratava do anonimato, quando antes nem mesmo se pensava no alcance e facilidade que a Internet representaria, quicá se passava pela mente dos legisladores, à época, que tal rede sequer existiria. Tudo isso remete um debate sobre a amplitude das regras e de como aplicá-las aos dias atuais, levando em consideração os elementos da liberdade de expressão, com a abrangência necessária exigida ao seu pleno funcionamento¹². Reconhecendo a importância do anonimato, especialmente na Internet, a Coalização de Princípios e Direitos na Internet - Internet Rights And Principles¹³ - estabeleceu como um dos direitos do indivíduo, na Internet, a proteção da privacidade e dos seus dados:

Todos têm o direito de privacidade online, o que inclui a liberdade de não ser monitorado, o direito de usar criptografia e o direito ao anonimato. Todos têm o direito a proteção de seus dados, o que inclui o controle sobre a coleta, retenção, processamento, eliminação e divulgação.

Atente-se, entretanto, para o fato de que em diversas situações cotidianas, e até mesmo alheias a Internet, é possível que uma pessoa se manifeste de forma anônima. Como exemplo pode-se citar o disque-denúncia e o serviço de combate a crimes. Há julgados, inclusive, que ressaltam a importância da

12 Uma mesma ideia – “fulano tem que morrer” – pode ter resultados distintos dependendo do contexto. Escrito é um desejo frio. Dito aos brados perante uma multidão ensandecida na frente da casa do Fulano apavorado é crime.

13 PRIVACY AND DATA PROTECTION: Everyone has the right to privacy online. This includes freedom from surveillance, the right to use encryption, and the right to online anonymity. Everyone also has the right to data protection, including control over personal data collection, retention, processing, disposal and disclosure. Disponível em: <http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2014/06/IRPC_10RightsandPrinciples_28May2014-11.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2017.

investigação policial deflagrada por denúncia anônima¹⁴, pois o manto do anonimato tem servido como instrumento para a divulgação de condutas criminosas, especialmente através dos sistemas de disque-denúncia¹⁵. Tal procedimento sucede também, em relação ao voto, que é um dos direitos mais defendidos pelas sociedades democráticas, que tem sua segurança baseada no anonimato, de modo que, assegura uma relativa blindagem contra qualquer tipo de pressão hierárquica ou coação na hora de eleger um candidato. Em resumo, o anonimato se presta a outras finalidades, inclusive diferentes de proteger criminosos de serem identificados.

Centra a controvérsia, no fato da denúncia anônima, do voto e das demais manifestações anônimas serem inconstitucionais, o que o STF assegura que não¹⁶. Essa discussão gera um grande conflito de valores, pois de um lado, o Estado Democrático de Direito permite a investigação penal, a partir da denúncia anônima ou do voto, de forma apócrifa, mas, proíbe a manifestação do pensamento ou o discurso anônimo. Nesse sentido, Rodotá¹⁷ pensa o seguinte:

Estamos diante de um problema clássico de balanceamento de interesses constitucionalmente relevantes, de ponderação dos direitos. (...) Anteriormente, esse conjunto de interesses, sinteticamente reconduzido ao âmbito da privacidade, poderia estar em conflito com o direito à livre manifestação do pensamento, com o direito de imprensa; atualmente,

14 Além disso, as notícias-crimes levadas ao conhecimento do Estado sob o manto do anonimato têm auxiliado de forma significativa na repressão ao crime (HC 64.096/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04/08/2008).

15 “Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (disque-denúncia, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciado, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “*persecutio criminis*”, mantendo-se, assim, completa”. HC 106664 MC / SP - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 19/05/2011.

16 1. Admite-se a possibilidade de que a denúncia anônima sirva para deflagrar uma investigação policial, desde que esta seja seguida da devida apuração dos fatos nela noticiados. Precedente citado. 2. Não há nulidade automática na tomada de declarações sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato. Ademais, a presença de defensor durante o interrogatório do investigado ou acusado corrobora a higidez do ato. Precedente citado”. (STF - AP: 530 MS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 09/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 19-12-2014)

17 RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

tem lugar um outro tipo de conflito, totalmente localizado na área da privacidade, entre o interesse pelo anonimato e o interesse em conhecer a identidade de quem, apresentando-se de forma anônima ou com identidade diferente daquela oficial, procede de modo contrário à privacidade alheia. Disputa-se uma partida mais complexa, entre uma privacidade ativa e uma privacidade passiva.

Ante esses fatos, faz sentido impor um mínimo de plausibilidade na verificação, proibição e punição do discurso anônimo pela Internet no Brasil. A liberdade de pensamento não pode ser corrompida pela inexistência de identificação em um Estado Democrático de Direito, sob pena de ferir o princípio constitucional que tutela a liberdade de informação.

A questão do anonimato, assim, é um paradigma a ser decifrado à luz constitucional considerando as características impostas pela sociedade e, claro, o meio em que é aplicado. Assim, se faz necessário ponderar sobre em que situações teriam motivos relevantes para não se permitir a manifestação apócrifa no país, devendo ser observado, em especial, a liberdade de expressão, segundo a qual comportaria um destaque maior frente a outras liberdades.

No entanto, interpretando com mais profundidade o real objetivo do legislador constituinte brasileiro ao vedar o anonimato e, o que faz resolver se alguém vai ou não ser identificado na internet, conclui-se que isso se deve a verificação da própria manifestação do pensamento. Portanto, é lógico supor que a garantia constitucional à liberdade de expressão não pode ser absoluta, necessitando observar os limites morais e jurídicos dignos do Estado Democrático de Direito. O direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Afinal, como o próprio artigo 29 da legislação de Proteção de Dados Europeu menciona¹⁸:

18 (...) Anonymity is not appropriate in all circumstances. Determining the circumstances in which the 'anonymity option' is appropriate and those in which it is not requires the careful balancing of fundamental rights, not only to privacy but also to freedom of expression, with other important public policy objectives such as the prevention of crime. Legal restrictions which may be imposed by governments on the right to remain anonymous, or on the technical means of doing so (e. G. Availability of encryption products), should always be proportionate and limited to what is necessary to protect a specific public interest in a democratic society. (...) ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Privacy on the Internet - An Integrated EU Approach to On-line Data Protection. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2000/wp37_en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

O anonimato não é apropriado em todas as circunstâncias. Determinar as circunstâncias em que a "opção de anonimato" é apropriada e aquelas em que não é exigido o equilíbrio cuidadoso dos direitos fundamentais, não apenas à privacidade, mas também à liberdade de expressão, com outros importantes objetivos de política pública, tais como a prevenção da criminalidade. As restrições legais que podem ser impostas pelos governos sobre o direito de permanecer anônimo ou sobre os meios técnicos para fazê-lo (por exemplo, disponibilidade de produtos de criptografia) devem ser sempre proporcionais e limitadas ao que é necessário para proteger um interesse público específico em uma sociedade democrática.

Por conseguinte, as liberdades não são incondicionais e por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observando os limites definidos na própria *Carta Magna*. O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, por exemplo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra¹⁹. Portanto, devem prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. O ódio e a intolerância das manifestações preconceituosas não encontram guarida constitucional, porque escapa do âmbito de proteção do direito de manifestar o pensamento.

Apesar do Estado Democrático de Direito defender o pluralismo político, preza pela convivência harmônica e equilibrada. Conseqüentemente, o Poder Público pode e deve intervir nesses casos, a fim de evitar o excesso injusto. Nesse sentido, José Affonso da Silva esclarece que: "A liberdade de expressão do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí porque a Constituição veda o anonimato"²⁰.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal vem firmando este mesmo entendimento sobre os abusos cometidos sobre o manto constitucional da

19 Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino sustentam que a vedação ao anonimato abrange "todos os meios de comunicação", e visa a "possibilitar a responsabilização de quem cause danos a terceiros em decorrência da expressão de juízos ou opiniões ofensivos, levianos, caluniosos, difamatórios etc". PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2000. p.118.

20 SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p.207.

liberdade de expressão²¹. É evidente, portanto, que a liberdade de expressão não é absoluta, pois encontra seus limites previstos na própria Constituição Federal. Entretanto, apesar de ter sido a vedação ao anonimato criada fora da realidade virtual, como é hoje, os juristas precisam ter o equilíbrio de julgar como nos demais países²², ou seja, com base nos princípios gerais do direito. A Constituição Portuguesa, por exemplo, ao proclamar a liberdade de expressão, não faz qualquer referência ao anonimato, regulando da seguinte forma os eventuais abusos (art. 37º, n.3):

As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

Por fim, feito alguns traços gerais doutrinários sobre o tema, importa buscar uma saída para as situações de colisão que se instaura entre os bens jurídicos de natureza pessoal, nomeadamente, o anonimato e a intimidade *vs.* a segurança. Pois, nas palavras de Pimenta: “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”²³.

Assim, a colisão de direitos fundamentais é hoje, um dos problemas nucleares da dogmática constitucional, devendo ser analisadas as circunstâncias

21 De acordo com o Ministro Celso de Mello: o veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, ‘a posteriori’, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal. (STF, MS nº 24369 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 10/10/2002).

22 A Constituição Venezuelana, em seu Artigo 57 diz que: Toda pessoa tem o direito a expressar livremente seus pensamentos, suas ideias ou opiniões de viva voz, por escrito ou mediante qualquer outra forma de expressão, e de fazer uso para isso de qualquer meio de comunicação e difusão, sem que possa estabelecer-se censura. Quem faça uso deste direito assume plena responsabilidade por tudo o que for expresso. Não se permite o anonimato, nem a propaganda de guerra, nem as mensagens discriminatórias, nem as que promovam a intolerância religiosa.

23 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Limites constitucionais à aplicação de novos critérios de interpretação no âmbito da jurisprudência constitucional. In: **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol. 6. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 293.

e particularidades de cada caso em concreto. Torna-se necessário ponderar os bens envolvidos, utilizando o método de interpretação do princípio da proporcionalidade, pois se tem mostrado eficiente ao fazer um alinhamento entre princípios e direitos fundamentais, de forma que, o anonimato é parte imanente da estrutura descentralizada da internet, que se tornou a característica intrínseca das relações virtuais, formando parte da essência das comunicações em linha.

Conclusão

A ênfase no risco cria um alarmismo injustificado em matéria de segurança nacional, como por exemplo, os fatos que geram uma discussão mundial, acalorada, sobre a possibilidade de se usar o anonimato na rede de computadores para cometer crimes de toda sorte. Assim, a sociedade assiste perplexa, a internet ser usada de uma forma que pode destruir vidas, apesar de todos os esforços legislativos e da própria Constituição, no sentido de proibir o anonimato. Verdade seja dita, isso não funciona, pois os verdadeiros *Hackers* e os *Cyberterroristas*, contam com elevado conhecimentos técnicos e se utilizam de tecnologia de ponta para burlar o monitoramento e manter a invisibilidade.

Portanto, a proibição do anonimato alcança apenas os usuários comuns, já no que se refere à realidade brasileira, parece ter ficado claro que ambas as visões não, necessariamente, devem ser contrapostas, senão, que pode comportar-se, pacificamente, de modo complementar, sobretudo, se levar em conta a dificuldade que no âmbito dos direitos fundamentais existe uma grande resistência a reformas Constitucionais.

O anonimato e a intimidade são, sem dúvida, direitos que costumam ser questionados com maior intensidade nos debates sobre os novos direitos da sociedade da informação, sobretudo, em defesa daqueles usuários que buscam informação ou apoio para um problema de saúde e não querem divulgar a enfermidade publicamente. Também há aqueles que simplesmente não querem que os provedores de internet saibam de sua vida pessoal.

A despeito do que tem sido dito, a questão do anonimato é um paradigma com características impostas pela sociedade, a Internet. Resulta importante, afinal, a diversidade de opinião como coluna fundamental da construção democrática do Estado de Direito.

Referencias

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo** – hacia una nueva modernidad. 5a. Impresão. Barcelona: Paidós, 2014

LLINARES, Fernando Miró. **El cibercrimen**: Fenomenología y criminología de la delincuencia em el ciberespacio. Derecho penal & Criminología. Madrid: Marcial Pons, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 200.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Limites constitucionais à aplicação de novos critérios de interpretação no âmbito da jurisprudência constitucional. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 6, 2016, p. 285-304.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência

The constitutional principles of free initiative and free competition

*Lucas Arruda Hezel
Paula Bergamasco*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar como se encontram dispostos, constitucionalmente, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para isso, inicialmente faz-se uma análise do processo de constitucionalização do Direito Econômico, que teve início, principalmente, após a crise de 1929. Em continuidade, desenvolve-se a temática dos princípios constitucionais econômicos em sentido amplo e sua aplicabilidade. Posteriormente, são tratados, de maneira específica, o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência, com a apresentação das principais características de cada um.

Palavras-chave: Direito e Economia. Direito Econômico. Princípios Constitucionais. Livre Concorrência. Livre Iniciativa.

Abstract: The purpose of this article is to analyze how the principles of free enterprise and free competition are constitutionally established. For that, the process of constitutionalisation of Economic Law was first analyzed, which began mainly after the crisis of 1929. In continuity, it is developed to the theme of the constitutional economic principles in a broad sense and its applicability. Subsequently, the principle of free initiative and the principle of free competition are treated in specific ways, with the presentation of the main characteristics of each.

Keywords: Keywords: Law and Economics. Direct Economic. Constitutional Principles. Free Competition. Free Initiative.

Introdução

Este artigo tem como objetivo analisar como se encontram dispostos, constitucionalmente, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para isso, inicialmente, será exposto como se deu o processo de constitucionalização do Direito Econômico, que teve início, principalmente, após a crise de 1929. Depois, será desenvolvida a temática dos princípios constitucionais econômicos, em sentido amplo, abordando-se posteriormente, de maneira específica, o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

1. Constitucionalização do direito econômico

Com a entrada do modelo econômico neoliberal, o Estado passou a ter uma atuação indireta, cada vez maior. Ou seja: o Estado estava ali para fiscalizar as empresas e para averiguar a sua eficiência. Assim, a sua atuação, de forma direta, foi reduzida. Porém, para fiscalizar a atividade econômica foi necessária a criação de normas específicas, pois quanto maior a Economia, conseqüentemente maior será o desenvolvimento do Direito relacionado à temática.

Segundo o entendimento de Fabio Nusdeo¹ sobre a atuação do Estado na economia:

a ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter difuso, com a multiplicação de normas legais de toda a espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e de aplicar as suas normas. Surge com base no capítulo constitucional dedicado à Ordem Econômica um novo direito que recebeu precisamente o nome de Direito Econômico.

Desse modo, infere-se que o Direito e a Economia são complementares, por haver uma influência visível, em ambos, de um sobre o outro. O impulso para a constituição econômica ocorreu após a primeira Guerra Mundial, quando o Estado se viu obrigado a organizar a atividade econômica, uma vez que a guerra causou um desequilíbrio no que concerne aos preços e ao consumo de produtos. Porém, o maior desenvolvimento quanto ao conceito de constituição

1 NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 210.

econômica se deu após a crise de 1929, do capitalismo e a segunda Guerra Mundial. Todavia, conforme exposto por Ivo Dantas²:

encontra-se o atual sistema constitucional brasileiro promulgado a 05/10/88, o qual segue o modelo de constitucionalismo sócio-econômico entre nós iniciado desde a Constituição de 1934 e que esteve presente em todos aqueles que lhe foram subsequentes.

Em virtude do que aqui se expõe, André Ramos Tavares³ entende que:

a constitucionalização do Direito consiste na imposição de que os diversos operadores do direito, incluindo os juízes, promovam uma aplicação das leis e demais atos normativos secundários, a partir de uma leitura constitucionalmente atenta, quer dizer, por meio de uma interpretação sempre e constantemente imbuída das normas constitucionais.

Em vista disso, é possível dizer que a partir do momento que há uma incorporação do aspecto econômico pela Constituição, necessário se faz que as normas sempre sejam aplicadas em sintonia, independente do tema ser ou não, especificamente, econômico.

O Estado, na concepção neoliberal, deixou de ser símbolo de empresa, conforme artigo 173 da Carta Magna. Assim: “A exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou se for relevante ao interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Somando-se ao que dispõe a Constituição Federal, André Ramos Tavares⁴, comenta:

o postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa.

2 DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 42.

3 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 81.

4 *Ibid.*, p. 235.

Nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal de 1988 estão as bases constitucionais do atual sistema econômico, que adota um sistema capitalista de economia descentralizada, baseando-se no mercado e não permitindo mais uma atuação direta do Estado, que não esteja prevista em lei. Dessa forma, têm-se, então, como princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade e função social da propriedade empresarial, a livre concorrência, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a valorização do trabalho humano, o pleno emprego e o tratamento favorecido para a micro e pequena empresa.

2. Princípios constitucionais econômicos

Etimologicamente, a palavra princípio transmite a ideia de começo, de origem de algo, de ponto de partida. Por outro lado, pode significar, também, seguir regras. Já no Direito, os seus princípios nem sempre tiveram tanta importância, mas, com o passar do tempo foram ganhando, cada vez mais, a atenção dos doutrinadores e dos estudiosos. Por exemplo, Paulo Bonavides⁵ ao mencionar o escritor espanhol F. de Clemente, expõe o que se segue sobre princípios:

Depois de tecer considerações expositivas em que assinala a equivalência essencial dos princípios à equidade dos romanos como 'a razão intrínseca do Direito', F. De Clemente chega, inspirado em vários juristas, entre os quais Unger, a essa formulação: 'Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo'.

Ainda, Paulo Bonavides⁶ comenta que dentre os conceitos de princípios apresentados, se nota a omissão da normatividade, mas, a doutrina contemporânea tem se ocupado em demonstrá-la. O autor ainda menciona que o melhor conceito de princípios foi elaborado por Crisafulli, em 1952⁷:

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 265.

6 *Ibid.*, p. 265.

7 *Ibid.*, p. 266.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Paulo Bonavides complementa que, diferente do que alguns pensam os princípios não são a última fonte a ser buscada no instante em que a norma jurídica não está apta a legislar. Eles são o ponto inicial, são os norteadores de todas as normas jurídicas. Dessa forma, a norma precisa ser orientada para que alcance seu objetivo, não apenas em sua interpretação, mas principalmente, na elaboração do seu conteúdo. Segundo o entendimento de Rizzatto Nunes⁸:

O princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que foi posto para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

No entanto, muito se confunde sobre sua posição dentro do ordenamento jurídico. Observe que diante de uma análise do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é possível verificar que a maneira como ele está escrito dá margem ao entendimento de que os seus princípios serão utilizados quando a lei for omissa. Ou seja, quando a norma não puder legislar sobre uma situação específica deverá recorrer, aos seus princípios. Porém, o significado de princípio é muito mais amplo, pois ele é a base de tudo, é o que permanece quando não existe nenhuma norma. E, por ocupar o plano dos valores do sistema jurídico, a memorável passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ se aplica aqui:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

8 NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 748.

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O princípio não possui uma aplicabilidade acessória. Ao contrário, Ele se encontra na base de todo o pensamento normativo, controlando a aplicação da regra. E mesmo possuindo um caráter mais abstrato e geral, não deixa de ser norma. Ainda, os princípios, de forma geral, não possuem tempo determinado para sua vigência, pois são perpétuos e universais. Se houver conflito entre princípios, é essencial recorrer a um juízo de ponderação, adequando-os conforme a situação.

O estudo dos princípios relacionado a atividade econômica, tem bases na Constituição Federal no Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, especificamente, no caput e incisos do artigo 170, positivados como os princípios norteadores da ordem econômica. Alguns com características mais econômicas, como no inciso IV que dispõe sobre a livre concorrência, outros com a economia sendo uma de suas atribuições como, por exemplo, a defesa do meio ambiente prevista no inciso VI. Segundo o entendimento de André Ramos Tavares¹⁰:

estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabeleçam metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.

Diante dos princípios elencados na Constituição, o Estado se posiciona com o objetivo de regular a atividade econômica por meio de incentivos, fiscalização e planejamento. No que tange ao objeto do presente estudo, será restringindo tão somente a análise dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

10 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 126.

2.1 Princípio da livre iniciativa

O constituinte de 1988 elencou no artigo 170 os princípios básicos da ordem econômica, sendo dois deles a livre iniciativa e a livre concorrência. O princípio da livre iniciativa, por sua vez, encontra-se disposto também no artigo 1º, inciso IV da Carta Magna, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e na visão de uma Constituição que defende o bem-estar social da coletividade e a justiça social, demonstra a liberdade que os sujeitos têm de empreender. Sobre o assunto, André Ramos Tavares¹¹ acrescenta que:

Fundamento da própria República Federativa e, concomitantemente, da ordem econômica, a livre-iniciativa revela a adoção política da forma de produção capitalista como meio legítimo de que se podem valer os agentes sociais no Direito brasileiro.

A liberdade de empreender é atribuída aos particulares que defendem o direito do empresário, em face do Estado, assim como defendem a abstenção do mesmo, com exceção dos casos previstos em lei. Fernando Aguillar¹² compreende que:

a ampla liberdade de iniciativa (controle pela desconcentração) revela que os fins do Estado, na opinião do próprio Estado, podem ser alcançados plenamente pela ação dos particulares. Já o controle pela concentração denota uma relativa falta de confiança em que a iniciativa privada possa espontaneamente alcançar os fins patrocinados pelo Estado.

A Constituição, ao assegurar a liberdade de empreender, visava incentivar a atividade empresarial pelos particulares, dando-lhes a oportunidade de entrarem no mercado, porém sendo responsáveis tanto pelo lucro como pelos prejuízos.

Conforme as palavras de Luciano Sotero Santiago,¹³ o princípio da livre concorrência assume caráter instrumental em relação ao princípio da livre iniciativa. Assim, a liberdade de iniciativa não existe sem a livre concorrência, e

11 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 234.

12 HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

13 SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: JusPodium, 2008, p. 62.

tal princípio não se concentra apenas no/ao uso de alguns agentes econômicos, pois é um princípio para todos, o que justifica possíveis interferências do Estado para garantir a sua efetivação de fato. Ainda, Luciano Sotero Santiago¹⁴ entende que, na concepção tradicional, a livre concorrência só existiria se houvesse um mercado onde a atividade econômica seria exercida sob a liberdade de iniciativa, sem interferência do Estado.

Contudo, o autor ainda assevera que em alguns ramos o que se tem é o Estado Regulador, e não o mercado determinando o andamento da atividade econômica, como por exemplo, nos serviços públicos, em que não haveria a possibilidade de exercer a livre iniciativa. Portanto, na visão tradicional em que a livre concorrência é consequência da livre iniciativa, não haveria meios de obter concorrência onde não há mercado com liberdade de iniciativa. Dessa maneira, uma estaria presa a outra e, no entanto, não é o que ocorre: elas são autônomas.

A liberdade de iniciativa busca viabilizar o direito do empresário, em face do Estado, atribuindo liberdade ao particular sem que seja um artifício utilizado pelos agentes econômicos para a manipulação do mercado. Portanto, é necessário que haja uma repressão ao abuso de tal princípio. Nesse sentido, sábias são as palavras de Fernando Aguillar: “É o abuso do direito de livremente empreender que justifica a interferência estatal. E é nesse ponto que o outro princípio, o da liberdade de concorrência, é chamado a intervir”¹⁵.

2.2 *Princípio da livre concorrência*

Em contraponto ao princípio da livre iniciativa está o princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição. Pode-se dizer que este é o limitador daquele, pois o agente econômico pode empreender o que almejar, sem causar prejuízos a liberdade de concorrência dos outros operadores. Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁶:

Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas

14 Ibid., p. 62.

15 HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 266.

16 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 94.

um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas.

A livre concorrência estabelece um equilíbrio entre o que os particulares podem empreender e a concentração de mercado. Todos têm o direito de estar no mercado e concorrer de forma justa, mas a partir do momento que ocorre a eliminação da concorrência, se está diante de uma conduta abusiva.

O instituto da concorrência, segundo a ideia de Paula Forgioni¹⁷ passou a ser observada no período da Revolução Industrial, quando a produção deixa de ser artesanal e passa a ser realizada por máquinas, substituindo a relação maestro e aprendiz por outra denominada como patrão e empregado. Nesse período, a estabilidade que as corporações de ofício ofereciam foi substituída pelo risco que o empreendedor corria ao investir e aguardar um retorno satisfatório na produção das fábricas. Porém, exigia-se uma liberdade maior para que o empresário pudesse conquistar seu espaço no mercado, e assim a concorrência foi estabelecida como primordial.

Paula Forgioni¹⁸ destaca o pensamento de Adam Smith que diz: “a concepção de mercado muda de perspectiva, assumindo sua dimensão política e a concorrência revelará seu papel central como fator de organização do fluxo de relações econômicas”. Dessa forma, a concorrência vem para organizar o novo mercado que surge, incentivando os agentes a competirem uns com os outros, ressaltando que a liberdade econômica não era vista como ilimitada, tendo em conta que o interesse público deveria prevalecer, não podendo ser esta concorrência prejudicial aos consumidores.

A adoção do *Common Law* na Inglaterra, por volta do século XII e XIII, e posteriormente adotada pelos Estados Unidos da América foi utilizada como fundamento para o *Sherman Act* em 1890 tendo como finalidade a defesa da concorrência e o combate à formação de trustes. Por isso, a concentração do poder de mercado na mão de poucos agentes econômicos, com a possibilidade de grandes empresas ditarem as regras do mercado foi o que o *Sherman Act* quis evitar. Paula Forgioni¹⁹ descreve que:

17 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

18 *Ibid.*, p. 57.

19 *Ibid.*, p. 67.

O Sherman Act de 1890 representa, para muitos, o ponto de partida do estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação é entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la.

Essa Lei surgiu para que fossem criadas oportunidades econômicas iguais para todos os empreendedores, sendo o primeiro estatuto legal da defesa da concorrência a ter relevância. Nessa época, as condições socioeconômicas em que a sociedade americana se encontrava, ao conduzir a promulgação dessa lei, necessitavam desse incentivo. Era um período de alta concentração econômica. Assim, para conquistar a clientela, os preços foram reduzidos de forma significativa, deixando os empreendedores até mesmo sem obter lucro. Após algum tempo transcorrido, agentes econômicos se reuniram e celebraram um acordo que resultava na neutralização da concorrência e, para que preços razoáveis fossem estabelecidos nas estradas de ferro, eles firmaram um cartel.

A instabilidade era o grande inconveniente da associação dos agentes econômicos, pois não havia um instrumento legal que pudesse ser utilizado para a cobrança do que fora acordado. Os empresários, insatisfeitos com essa organização, arriscam em um novo modelo denominado *trust*, oriundo do direito anglo-saxão conforme exposto por Voltaire Schilling²⁰:

As táticas usadas pelas empresas poderosas para alijar seus concorrentes, eliminando-os [sic] com truques sujos da competição (dumping, sabotagens, coação, etc.), tornou algumas dessas fortunas particularmente odiadas no país inteiro. Era o Império dos Trustes [denomina-se *truste* (do inglês "confiar") a situação em que pessoa ou empresa possui ou controla um número suficiente de produtores de certos artigos de modo a poder controlar livremente o preço dele].

O *truste* é caracterizado pela entrega de todas as ações a um grupo de fideicomissos que em contrapartida entregam aos acionistas um *trust certificate*, habilitando-os a participar dos dividendos das operações, quando os diretores acharem conveniente reparti-los. Assim, os *trustes* administravam os bens da

20 MUNDO. O *Truste* e a Democracia. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/truste.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

melhor forma, conforme o interesse do agenciador, e de forma centralizada, impedindo que a concorrência entre os agentes econômicos voltasse a acontecer.

Surgiu em 1882, o primeiro e mais famoso caso de trustes, da *Standard Oil*, administrada por Rockefeller que conseguiu que essa empresa controlasse por muitos anos, mais de 90% das refinarias americanas. Felipe Araújo²¹ comenta sobre o assunto:

Após várias décadas monopolizando o mercado, a companhia dos Rockefeller acabou sendo punida pelo tribunal supremo dos EUA, que decidiu, no ano de 1911, acabar com o monopólio transformando a Standard Oil em 34 empresas de menor porte. Entre essas novas organizações, estão nomes importantes como Amoco, Mobil, Atlantic, Chevron e a Exxon. Apesar do desmantelamento, as Empresas Rockefeller continuaram no controle de todo o complexo econômico.

Foi um caso de grande concentração econômica, em que numerosos concorrentes foram absorvidos e impedidos de concorrer com a grande empresa petrolífera. Já em meados de 1880, as discussões quanto ao poder econômico dos trustes aumentaram. De um lado, as empresas que defendiam que com a concentração as indústrias poderiam crescer mais, mediante a cooperação dos empresários. Por outro lado, estavam os consumidores, trabalhadores e pequenos empresários argumentando que a concentração econômica tornava mais difícil a concorrência justa, o acesso a produtos com preços razoáveis, causando um prejuízo assombroso aos que não possuíam condições de competir com os grandes agentes econômicos.

A necessidade de uma lei que acabasse com o poder dos trustes, com a concorrência desleal e com as práticas comerciais imorais, era cada vez mais clara. Assim, depois de 10 anos, após várias discussões relativas a urgência de uma lei antitruste, foi promulgado o *Sherman Act*, projeto de lei do Senador John Sherman encaminhado ao Congresso norte-americano em 1888. Paula Forgioni,²² dispõe que:

21 NIKES. *Standard Oil Company*. Disponível em: <<http://nikesproducao.blogspot.com.br/2013/03/standard-oil-company-por-felipe-araujo.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

22 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

Ressentia-se, no texto do *Sherman Act*, da vagueza de suas previsões. Não se pode ainda olvidar que o *Sherman Act* não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas, deixando à margem da regulamentação prática geralmente condenada pela opinião pública.

Mesmo com a promulgação do *Sherman Act*, notou-se que haviam lacunas a serem preenchidas, e assim nasceu a exigência de uma nova regulamentação que a complementasse. Com esse objetivo, foi promulgado, em 1914, o *Clayton Act* que detalhou as práticas e os contratos considerados ilegais, as vendas casadas, as sanções penais e civis às práticas comerciais que importavam em restrições à competição. Ainda em 1914, foi criada, também, a *Federal Trade Commission* (FTC) que coíbia qualquer concorrência desleal. Posteriormente, em 1936, foi promulgado o *Robson-Patman Act*, e em 1950, o *Celler-Kefauver Act*, que proibiam a aquisição de uma empresa se isso resultasse em uma grande concentração de mercado. Essa legislação norte-americana continua em vigor, até os dias de hoje.

Conclusão

Com a evolução histórica dos modelos econômicos de Estado, passando do liberalismo para o bem-estar social e alcançando o período neoliberal, notou-se a reformulação do liberalismo clássico, a expansão do capitalismo e a necessidade da intervenção mínima do Estado como Regulador para contornar as crises do mercado.

A Constituição Federal de 1988 precisou positivar a atividade econômica, para possibilitar a criação de meios para garantir uma ampla fiscalização por parte do Estado. Essa garantia se deu por intermédio da promulgação de leis com o escopo de promover um ambiente concorrencial saudável, através dos órgãos governamentais de defesa da concorrência.

A livre concorrência e a livre iniciativa, princípios norteadores da ordem econômica que se encontram previstos no artigo 170 da Carta Magna, são essenciais para o bom funcionamento da atividade econômica e visam proporcionar aos agentes econômicos e suas relações, certa segurança, por estabelecer regras básicas de conduta.

Dessa forma, observou-se que o Estado deve, de forma efetiva, proteger a concorrência impedindo que se formem monopólios e barreiras à entrada de novos competidores.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 173. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MUNDO. **O Truste e a Democracia**. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/truste.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

NIKES. **Standard Oil Company**. Disponível em: <<http://nikesproducao.blogspot.com.br/2013/03/standard-oil-company-por-felipe-araujo.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: JusPodium, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

Recall: destituição do político através do povo

Recall: the form to remove the political by the people

Ravi Ramier Morais Almeida

Marcelo Dias Ponte

Resumo: Os caminhos civilizatórios para a vida em comunidade desdobram-se através de intensos conflitos registrados, ao longo da história, contendo quase sempre divergências de interesses entre comunidades que pensavam de forma distinta, ao tratar de seus interesses difusos. Tais conflitos foram mais bem resolvidos por meio da política democrática, que tem o voto do povo como ferramenta para eleger seus representantes. A escolha do representante baseia-se no que o político diz que fará para o povo, se for eleito. Contudo, muitas vezes, não cumpre o pacto. O *recall* é uma ferramenta que auxilia na destituição do votado que, não fez o que havia prometido. No presente trabalho procurou-se fazer uma análise acerca do *recall*, esclarecendo seu significado, seu conceito e seu desdobramento nas constituições mundo afora, e por fim, a possibilidade de inserção no cenário brasileiro, objetivando obter uma resposta para a problemática atual da crise política no Brasil.

Palavras-chave: Democracia. Voto. Política. *Recall*. Crise política.

Abstract: The civilizational paths to community life unfold through the intense conflicts recorded throughout history, with almost always divergences of interest between communities that thought differently to the treatment of their diffuse interests. Such conflicts were best resolved through politics. Democracy has the vote of the people as a tool to elect its representatives. The choice of representative is based on what the politician says he will do for the people if elected, but often does not keep the pact. The recall is a tool that assists in the

removal of the elect who did not do what he had promised. In the present work, an analysis was made of the recall, initially demonstrating the nomenclature, the concept, its unfolding in the constitutions of the world above, and finally its possibility in the Brazilian scenario, aiming to obtain a response to a current crisis problem Politics Brazil.

Keywords: Democracy. Vote. Politics. Recall. Political crisis.

Introdução

Na luta pela democracia, são inúmeros os autores que colocam em destaque a impossibilidade de se ter uma democracia direta e da dificuldade de existir uma ferramenta que tenha uma participação efetiva do povo no comportamento de seus representantes. Nesse contexto, é que o *recall*, sendo uma “forma de revogação individual, capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”, e que a democracia, essência da *polis*, não seria realizável nos Estados-nação de nossa modernidade¹.

Este estudo pretende apresentar uma ferramenta que é desconhecida dos brasileiros, bem como o seu histórico em alguns países no mundo e analisar se seria possível a sua implementação, no Brasil, salientando ainda a possibilidade dela ajudar (ou não) na crise política hasteada nessa nação.

As hipóteses deste trabalho foram investigadas em pesquisa bibliográfica, como também, em sítios eletrônicos nacionais e internacionais. Utilizou-se, também, a literatura estrangeira para averiguar os pontos a serem analisados, de forma comparativa, com os pontos salientados no presente trabalho. Por intermédio da percepção da crise política que se alastra, conjurou-se o cenário para que se desenvolvesse a abordagem qualitativa, ao se observar as possibilidades que poderiam ser tomadas para um melhor dimensionamento a respeito do desenvolvimento do Brasil, no quesito política. Esta pesquisa, também, é descritiva e exploratória, pois conceitua o seu objeto, explicando, descrevendo, interpretando e inovando.

Este trabalho divide-se em cinco seções, iniciando pela introdução, desdobrando-se dentro dos apontamentos teóricos, que estão espalhados em três capítulos que trazem em seu bojo o conceito do *recall*, encapsulado no capítulo

1 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1978, p. 352.

um. No capítulo dois traz as considerações sobre o *recall* nas constituições e a sua importância dentro de uma perspectiva da teoria da democracia, sobre o tema, demonstrando ainda o pensamento de alguns doutrinadores, utilizando-se inicialmente da norma estadunidense, para analisar as possibilidades e a existência desse instituto em diversas constituições mundo afora. No terceiro capítulo está condicionado o *recall* no Brasil, apresentando suas possibilidades e o seu histórico no pensamento normativo nacional. Por fim, demonstra-se considerações finais acerca do tema, desenvolvendo, assim, as possibilidades que o *recall* poderá trazer para a crise política nacional. Buscou-se um resultado normativo e doutrinário para a crise política brasileira, demonstrando no estudo, em comento, os possíveis impactos desse instituto no cenário democrático atual.

Um dos problemas que se assenhora na representatividade moderna está a dificuldade em se conseguir com que qualquer estrutura que represente os interesses dos eleitores, na figura dos políticos, passe a atuar, efetivamente, em prol dos interesses do povo, em não se eivar do compromisso assumido, que é o de representar a coletividade, prerrogativa auferida pelos constituintes que foram eleitos para representar os cidadãos, tendo como uma de suas bases para a efetivação de suas atitudes, a ideologia política da qual o agente político, muitas vezes, deixa de lado. Ainda, o desvio de finalidade da função em prol de interesses singulares, não é um problema novo, pois, “com a democracia representativa, a eleição torna-se a peça essencial do sistema, torna-se a via de assegurar a coincidência da vontade dos governantes com a vontade do povo e a prossecução do interesse coletivo de harmonia com o titular deste, o povo”².

A questão que ora que se evidencia decorre da dificuldade existente na forma de atuação do representante, que, deve ser em consonância com seus posicionamentos anteriores e com sua versão política de atuação. Ou seja, a vontade do povo ao votar acreditando nas promessas que foram elencadas no votado, faz com que surja um compromisso no cumprimento do que foi prometido em campanha. Essa discussão, em diversos segmentos sociais da atualidade, é a crescente divergência entre política, políticos e a prática política. Em outras palavras, trata-se do rompimento das posições iniciais assumidas em campanha durante o exercício do cargo. Discute-se, portanto, a possibilidade de penalizar ou responsabilizar, de forma efetiva, o eleito em questão.

2 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1953.

Acredita-se que um dos objetivos desta investigação científica é seu vínculo com o concreto, ou seja, com a capacidade de oferecer reflexões plausíveis de serem recorridas pelo uso nas relações políticas e sociais. Ainda não há como se ter como base informações que somente são transmitidas nos grandes meios de comunicação, dada a dúvida, no que diz respeito a parcialidade, bem como, aos interesses que ali se encontram de fato envolvidos. No que tange as informações sobre política e políticos, deve ser ressaltada a frequência com que é praticada pelos meios de comunicação, uma política que quer esconder a política ou deslegitimá-la.

A investigação sobre convergência entre o prometido e o cumprido durante o mandato pelo detentor do cargo, deve ser refletida por uma pesquisa efetiva de atuação e pelo posicionamento do eleito, quando das suas posições e votações na prática do cargo, e não simplesmente pelo que é noticiado. A revogação de mandato significa também a “rechamada” do voto direto, secreto e com igual valor dado àquele que exerce um mandato.

O sistema de representatividade utilizado no Brasil, por nossa Constituição, trouxe vários avanços em nossa perspectiva de nação, de soberania, e muitos outros pontos positivos em prol da democracia, na tentativa de uma maior e melhor participação do povo, objetivando garantir mais direitos e inibir abusos que, historicamente, para este país sentiu na ditadura militar.

Já na atual forma de representação política brasileira, parece ser razoável a possibilidade de inclusão de aprofundamento da democracia direta. Tanto era existente essa preocupação que na Constituição Brasileira de 1988, incluiu-se o art. 14 a respeito do assunto³. Contudo, junto veio a possibilidade do voto, investindo poderes no votado para ocupar o cargo pleiteado, não trazendo a possibilidade direta da sua retirada pelo não cumprimento do que se comprometeu a efetivar.

O mecanismo que sugere a retirada do votado por não cumprimento do que havia avençado é denominado de *recall*. Tal instituto confere aos eleitores o controle dos cargos dos eleitos, caso os votantes não se sintam mais representados na figura do ocupante do cargo público, surgindo a possibilidade de destituí-lo do cargo. Trata-se de um mecanismo em que, certo número de cidadãos cria

3 Trata dos direitos políticos, com uma visão de que a soberania do povo é exercida pelo voto, este não contém distinção valorativa, que pode ser manifestado pelo plebiscito, referendo e da iniciativa popular, onde esta última traz a manifestação mais afincada no que diz respeito sobre a manifestação da soberania do povo.

uma petição denominada de *notice of intent to recall petition*, na qual, os eleitores interessados na destituição do funcionário público, dão o seu aceite por meio de assinatura afastando o eleito da função pública. Contudo, é necessário dizer que essa ferramenta tem particularidades de utilização que varia de país para país, e que também se encontram formas diferentes de utilização, variando a depender de contextos históricos distintos.

O *recall* é uma ferramenta que tenta dar efetividade e legitimidade aos projetos e promessas que foram postos em campanha, trazendo garantias mais sólidas, reais e honestas para o povo que está submetido ao rigor democrático de eleições, pois, o que foi prometido deverá ser cumprido. A ideia que se apresenta é a de que o *recall* é uma ferramenta democrática, utilizada em outros países com o objetivo de destituir do cargo público aqueles que foram eleitos pelo povo, mas não cumprem suas promessas e posicionamentos ou não agradam mais.

1. Considerações acerca do termo *Recall*

Existem outros significados na língua inglesa para o termo *recall*, sendo, portanto, um vocábulo com diversos significados que pode ser dado a esse termo. Para o objeto de nossa discussão, tal instrumento conceitua-se como o direito de remoção de um funcionário público do cargo, pelo voto do povo, por meio de requerimento de um determinado número de eleitores qualificados⁴.

Assim, aqui o *recall* é o mecanismo formal, que dá aos eleitores a oportunidade de retirar ou de substituir o votado, mantendo os eleitores com o controle dos representantes que foram eleitos,⁵ dando, portanto, ao povo a oportunidade de um possível *impeachment* popular⁶.

Existe certa lógica trabalhista no *recall*, advinda da relação de subordinação entre patrão e empregado, que utiliza um dos princípios basilares da relação trabalhista impregnado no sistema capitalista denominada de *good business principle*, em que o empregado poderá ser dispensado, se for desonesto ou se for

4 REFERENCE, Dictionary. Termo *recall*. Disponível em: <http://dictionary.reference.com/browse/law>. Acesso em: 10 jul. 2016.

5 CRONIN, Thomas E. *Direct democracy: the politics of the initiative, referendum and recall*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1999.

6 TRIGUEIRO, Osvaldo. *O regime dos Estados na união americana*. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942.

incapaz de exercer suas funções,⁷ semelhante ao empregador quando demite um empregado de sua empresa por justa causa.

Reitera-se que o termo *recall* aqui utilizado tem o objetivo de permitir aos eleitores, através de uma eleição especial, promover a substituição, ou a destituição do cargo público, antes do tempo previsto,⁸ como um “direito de arrendimento”,⁹ por intermédio de nova manifestação do povo, destituindo-o e indicando-lhe um sucessor,¹⁰ sendo, portanto, um processo de responsabilidade que, procura corrigir falhas do sistema representativo¹¹.

2. O *Recall* nas constituições

O *recall* encontra-se em vários sistemas de governo com inúmeras oscilações terminológicas. Em algumas províncias da Argentina, por exemplo, é denominado de *destitución*, e na antiga União Soviética era conhecido como revogação¹². A mesma possibilidade de destituição de cargo público pode também ser percebida na Constituição de Weimar, de 1919, em seu art. 41¹³.

O *recall* surgiu nos Estados Unidos, em 1903, na Carta de Los Angeles, durante a gestão do Presidente Franklin Roosevelt, que fez parte do programa desenvolvimentista que foi denominado de “o movimento progressivo”¹⁴. Desde então, é praticado nos Estados Unidos da América, sendo empregado com maior possibilidade de êxito nos níveis mais regionais, não havendo previsibilidade em âmbito nacional, ou seja: não há possibilidade de destituição

7 MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

8 FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

10 CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri, SP: Manole, 2004.

11 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958

12 SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

13 WEIMER, CONSTITUTION. **Die Verfassung des Deutschen Reiches, jahr 1919**. Disponível em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php. Acesso em: 10 jul. 2016.

14 W WILSON, T ROOSEVELT. **LDI Rights – 1963**. Disponível em: <http://www.jruppertatmcqaid.com/TAJC21SG.docx>. Acesso em: 10 jul. 2016.

do cargo, o líder do executivo na pátria norte americana, havendo, porém, previsão no nível estadual. Entretanto, o exercício de aplicação do *recall* nesse patamar legislativo foi pouco utilizado, pois, houve apenas uma revogação de mandato de governador, no estado da Califórnia, ocorrido em 2003, com o governador Gray Davis, do Partido Democrata, que assumiu o cargo em 1999 e foi destituído, por meio de votação popular, em 7 de outubro de 2003¹⁵. Os dispositivos legais da Califórnia que alicerçam tal possibilidade, em questão, encontram-se inseridos no artigo 2º, §13, da Constituição da Califórnia, e na seção 11, do Código Eleitoral da Califórnia.

Os estados membros dos Estados Unidos da América em que há a possibilidade do *recall* são: Alaska, Arizona, Califórnia, Colorado, Geórgia, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Oregon, Rhode Island, Washington e Wisconsin. Destaca-se que o Estado da Virgínia não possui *recall*, mas possibilita que um cidadão apresente uma petição, que contenha o pedido de uma audiência judicial, objetivando alcançar a remoção de um certo e determinado agente público, que tenha faltado com o seu dever, ou se for incapaz de exercer a sua função, dando assim, ao judiciário a possibilidade de decidir sobre a remoção ou não, daquele agente público em questão¹⁶.

Salienta-se que há duas formas de *recall*, em que pode ser percebido no instituto em questão. A primeira pode ser utilizada com o fulcro de revogar a eleição de um legislador ou até mesmo de um funcionário (eletivo). E a segunda, é chamada de “*recall* judicial”, utilizado para a revogação de decisão judicial monocrática, de tribunal local ou regional, que tenha negado a aplicação de uma lei por acreditar que certa norma seria inconstitucional¹⁷.

A primeira opção trata-se da revogação dos mandatos ou da destituição de autoridades públicas por decisão popular. Nessa hipótese, são consultados os eleitores, para que seja decidido entre ser mantido ou não, o governante em seu cargo¹⁸. Nessa forma, por exemplo, nos Estados Unidos, Minnesota, por decisão

15 UC BERKELY. **Institute of Governmental Studies**. Disponível em: <http://igs.berkeley.edu/library/htrrecall2003.html>. Acesso em 10 jul. 2016.

16 RECALL OF STATE ELECTED OFFICIALS. **A Proposed Minnesota Constitutional Amendment**. Disponível em: <http://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/recall96.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

17 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

18 RECALL OF ELECTED STATE OFFICERS. **Revisor**. Disponível em: <https://www.revisor.mn.gov/topics/?type=rule&id=RECALL%20OF%20ELECTED%20STATE%20OFFICERS>. Acesso em: 10 jul. 2016.

popular, é possível a destituição de juiz, governador, secretário de Estado, auditor e procurador-geral por conduta corrupta no escritório, por crimes ou por contravenções”¹⁹. A segunda forma, denominada de “*recall* judicial”, possibilita aos eleitores acatar ou não uma decisão judicial. Isto é: os eleitores decidirão se a decisão será anulada ou preservada por maioria de votos.

Na extinta União Soviética, havia o direito de revogação do mandato dos deputados, previsto no art. 105 da Constituição de 1917. Vale destacar que o mandato dos deputados, conforme lei, já era garantido pelos “representantes da classe trabalhadora”, pois eles teriam de prestar contas aos eleitores. O *recall* continuou presente na Constituição Soviética de 1936, servindo de exemplo para outras nações, de mesmo pensamento ideológico, que acabaram adotando essa ferramenta, como foi o caso da Polônia.

Na América Latina há previsibilidade do *recall*, na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, que confere a possibilidade de revogação de todos os cargos eletivos, conforme art. 72²⁰, na sessão *del referendo popular*²¹. Assim, reitera-se que o *recall* e seus influxos, na Venezuela, não se restringem a apenas a destituição do Chefe do Executivo, pois, a Constituição de 1999 observa-se que a soberania popular pode ser exercida até nos cargos da magistratura, demonstrando assim que, os poderes, na figura de seus representantes, poderão ser destituídos dos cargos que ocupam.

19 MINNESOTA CONSTITUTION. **Article VII**. Disponível em: <https://www.revisor.leg.state.mn.us/constitution/> Acesso em: 10 jul. 2016.

20 Notou-se que, dentre todas as constituições estudadas, a Constituição da Venezuela é a que dá mais amplitude ao *recall*, trazendo a possibilidade de que todos os cargos públicos sejam revogáveis. Na literalidade da norma venezuelana diz que: “Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley. La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela. Ver Emienda, 15 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>>. Acessado em: 10 jul. 2016.

21 Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela. Ver Emienda, 15 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016..

3. O Recall no Brasil

No Brasil, historicamente, a revogação do mandato político, nas Constituições, nunca foi permitida. Contudo, no Século XIX, registros históricos relatam que houve a possibilidade de revogação de mandatos, inserida nas Constituições de Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Em Goiás, na Constituição de 1891, o art. 56 dizia que “O mandato legislativo não será obrigatório e que o eleitorado poderá cassá-lo, declarando, mediante o processo que a lei estabelecer, o mandatário carecedor de sua confiança”. Já na Constituição do Estado de São Paulo de 1891, em seu art. 6º, §3º havia a previsão de que os deputados e os senadores estaduais poderiam ter seus mandatos revogados, a qualquer momento, por meio de uma consulta que poderia ser feita, e aceita ou não, por um terço dos eleitores. No Rio Grande do Sul, o art. 39, da Constituição, também, de 1891 registra que “O mandato do representante não será obrigatório e poderá ser renunciado, a qualquer tempo, e também, cassado pela maioria dos eleitores”. Por sua vez, na Constituição de Santa Catarina, de 1891, no art. 14, reza que “O mandato legislativo pode ser renunciado, e que sua revogabilidade se efetuará quando consultado um terço dos eleitores, e quando o deputado não obtiver metade e mais um dos votos, com que foi eleito”.

Os Municípios no Brasil apresentam, em sua origem, um modelo de organização democrática trazido por Portugal, desempenhando uma autonomia dentro de suas atribuições, quer seja de forma política ou jurídica²². Essa forma estruturada de unidade administrativa, por serem, historicamente, “unidades administrativas e políticas que constituem os únicos órgãos de representação popular, em que a soma dos seus poderes trazem em seu bojo a importância que detinha a Colônia, nos primeiros tempos de Império, contendo as Câmaras que, efetivamente, eram a única força politicamente estruturada de participação governamental”,²³ e que possa, portanto, utilizar-se da ferramenta do *recall*, contanto que haja previsão legal para destituir o seu chefe do executivo.

O art. 34, VII, “c” da Constituição Federal diz que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para assegurar a observância de

22 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre os Municípios no Brasil. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas**. São Paulo: Método, 2003.

23 GARCIA, Maria. Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o Município. In: BASTOS, Celso (Coord.). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

alguns princípios constitucionais, incluído neste rol a autonomia municipal. Pode-se observar que as competências e a autonomia municipal são delimitadas na esfera de competência de cada uma das entidades administrativas – União, Estado e Município – e que nenhuma interpenetração pode haver entre elas²⁴. Nesse sentido, é que se diz que, no âmbito de suas atribuições, o Município está acima do Estado e da União, só podendo refreá-lo o Judiciário, por ação própria, quando comete excessos.

Conclusão

Atualmente, no Brasil, não existe o instituto do *recall* inserido na carta magna. Contudo, uma proposta semelhante foi levada ao legislativo, em solo pátrio. O “voto destituente”, como assevera o atual Presidente, Sr. Michel Temer²⁵, demonstra que na Constituinte de 1988 houve uma proposta, nesse sentido, com a nomenclatura de “voto desconstituente”, que considerava a possibilidade dos eleitores, quer seja da União, dos Estados ou dos Municípios, através de uma petição endereçada à Mesa da Câmara ou do Senado solicitasse afastamento do parlamentar daquela referida casa, a que fora endereçado o pedido, com o argumento de que não existe, na forma de organização política brasileira, hierarquia entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que esses segmentos estão no mesmo patamar, em face do arranjo federativo, em que a estrutura constitucional vigente encontra-se amparada.

Ademais, o “voto destituente” não é o mesmo instituto do *recall*, pois, neste não há participação do Legislativo em seu procedimento, baseando-se no “*Good Business Principle*”, diferentemente daquele, em que é necessário endereçar o pedido para a casa em que se abriga o parlamentar atacado, não sendo, portanto, uma atitude direta do povo.

Uma das ferramentas contidas na Constituição Federal do Brasil, com controle democrático, está no art. 14, em que há a possibilidade de referendo, plebiscito e de iniciativa popular, como dispositivos que auxiliam a democracia nacional. Uma possibilidade de adotar, em nosso ordenamento pátrio, o *recall*, seria inseri-lo no art. 14 da Constituição, com a posterior edição da lei para

24 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

25 TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros, 2006

reger o instituto supracitado. O que seria um avanço, pois, constata-se que os países adotantes do *recall* possuem um alcance maior de controle dos eleitos.

Ressalta-se que, o “*impeachment*” não deveria ser utilizado por causa da impopularidade do político, no caso, do Chefe do Executivo, pois, esta ferramenta só deveria ser utilizada quando houvesse faltas gravíssimas tipificadas como crime de responsabilidade²⁶. A ferramenta mais adequada para ser utilizada pela falta de popularidade seria o *recall*, mas, mesmo assim, não seria a mais aconselhada, pois, o objeto a ser atacado por ela não é a impopularidade, e sim, o não cumprimento do que fora pactuado.

Constatou-se que o *recall* é mais democrático porque há maior possibilidade de participação do eleitorado, nos países menos desenvolvidos. No Brasil, para a aplicação do *recall*, com maior segurança jurídica, seria necessária a modificação da Constituição Federal. Porém, Assaz acredita que com a crise política que o Brasil está enfrentando, o *recall*, objeto deste trabalho em questão, não resolveria, de fato, o problema, pois a questão é muito mais complexo para que se consiga chegar a um denominador comum, facilmente.

Os diversos fatores, como corrupção e problemas ideológicos dos políticos e de seus partidos fazem com que a credibilidade da política seja relativizada, e assim, eclode uma série pontos que coloca em cheque a forma de representatividade utilizada, atualmente.

O *recall*, seria, por sua vez, mais uma ferramenta, para evitar que os políticos prometam o que não farão em seu mandato, e que reflitam desde sua estratégia de campanha, considerando que haverá punição para o que for prometido e não for cumprido. Essa atitude fará com que a política e os políticos adquiram certa credibilidade, mesmo que sejam obrigados, por saberem que poderão ser punidos caso não cumpram o que fora acordado pelo voto.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Considerações sobre os Municípios no Brasil**. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas**. São Paulo: Método, 2003.

26 BERCOVICI, Gilberto. **A resistência ao golpe de 2016**. São Paulo: Praxis, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **A resistência ao golpe de 2016**. São Paulo: Praxis, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1978.

_____. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito constitucional**. 10. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

CRONIN, Thomas E. **Direct democracy: the politics of the initiative, referendum and recall**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri: Manole, 2004.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REFERENCE, Dictionary. Disponível em: <<http://dictionary.reference.com/browse/law>>. Acessado em: 10 jul. 2016.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Maria. Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o Município. In: BASTOS, Celso (Coord.). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GARRET, Elizabeth. **Democracy in the Wake of the California Recall** - University of Pennsylvania Law Review. Vol. 153, No. 1, p. 239-284. nov. 2004.

GOIÁS. Constituição do Estado de Goiás. 1 de junho de 1981. Disponível em: <<http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2011-08/constituicao-1891.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MINNESOTA CONSTITUTION. **Article VII**. Disponível em: <<https://www.revisor.leg.state.mn.us/constitution/>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III: estrutura constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Democracia, eleições, Direito eleitoral**. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/MIRANDA_Jorge.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. rev. e atual. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.

RECALL OF STATE OFFICIALS. **A Proposed Minnesota Constitutional Amendment**. Disponível em: <<http://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/recall96.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **National Conference of State Legislatures – The Forum for America’s Ideas**. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **Revisor**. Disponível em: <<https://www.revisor.mn.gov/topics/?type=rule&id=RECALL%20OF%20ELECTED%20STATE%20OFFICERS>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1891. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=zX42l-GZMxY%3d&tabid=3107>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

SANTA CATARINA. Constituição Estadual de Santa Catarina. de 1891. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/Const_Est_1891.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. 14 de junho de 1891. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/leis/constituicoes/constituicoes-antiores/constituicao-estadual-1891/>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

STÁLIN, Emil Ludwig. **A nova Constituição Soviética 1936**. Constituição Stalinista. Trad. Fernando A. S. Araújo. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/stalin/biografia/ludwig/constituicao.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRIGUEIRO, Osvaldo. **O regime dos Estados na união americana**. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942.

UC BERKLEY. Insitute of Governamental Studies. Disponível em: <<http://igs.berkeley.edu/library/htrecall2003.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela**. Ver Emienda, 15 de febrero de 2009. Disponível em: <<http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>>. Acessado em: 10 jul. 2016.

WEIMER, Constitution. Die Verfassung des Deutschen Reiches (1919). Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>. Acesso em: 10 jul. 2016.

W WILSON, T Roosevelt. **LDI Rights – 1963**. Disponível em: <<http://www.jruppertatmcqaid.com/TAJC21SG.docx>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

A inclusão social promovida pela língua brasileira de sinais: reflexões à luz do ordenamento jurídico brasileiro

The social inclusion promoted by the brazilian sign language: reflexion in light of the brazilian legal ordination

*Tatiana Façanha Borges
Vanessa Batista Oliveira*

Resumo: Neste artigo observa-se que, além dos aspectos históricos da comunidade surda brasileira, formada por pessoas nascidas surdas, a luta pelo reconhecimento da sua cultura é diferente da dos ouvintes, sendo aquela diversa e de composição complexa, pois o surdo possui mais de uma forma de comunicação e de aprendizagem. Nesse contexto, a base desta pesquisa é descritiva, qualitativa e bibliográfica. As informações colhidas compõem leis e decretos promulgados no país que incentivaram o convívio social mais inclusivo dos surdos, com o uso da Língua Brasileira de Sinais, em especial a Lei nº 10.436 de 2002, conhecida como a Lei da Libras. Além disso, vislumbra-se as esferas acadêmicas, religiosas, laborais, tecnológicas e da saúde, evidenciando-se pontos na inclusão social, nos quais a difusão da LIBRAS percebeu-se fundada, bem como, naqueles pontos em que é imprescindível melhorias, em sua adaptação para executá-la, tanto no ponto de vista social como no legal.

Palavras-chave: Pessoa surda. Língua Brasileira de Sinais. Estatuto do Deficiente. Inclusão Social.

Abstract: In this article it is observed that, besides the historical aspects of the Brazilian deaf community, formed by people born deaf, the fight for recognition of

their culture, different from listeners, being diverse and of complex composition, because deaf people have more than one way of communicating and learning. In this context, there is use of a research base that is descriptive, qualitative and bibliographic. The observations will also compose of laws and decrees promulgated in the country that encourage more inclusion of the Brazilian Sign Language into the social life, specially Law nº 10.436/2002, known as “Lei da Libras”. Other than that, it is noted the academic, religious, labor, technological and health realms, evidencing points in social inclusion where the diffusion of LIBRAS was perceive as founded, as well as those where improvements are indispensable in the adaptation to execute it, both in the social and the legal.

Keywords: Deaf person. Brazilian Sign Language. Statute of the Deficient. Social Inclusion.

Introdução

A língua de sinais é o meio de comunicação utilizado, preferencialmente, pelas pessoas que, nascem surdas, com a capacidade auditiva reduzida ou adquirem surdez na fase pré-oral, tendo em vista que dispõe de técnicas voltadas para os sentidos da visão e do tato, usando os espaços do topo da cabeça, do tronco e arredor, para configuração de sinais que, juntamente com as expressões faciais, determinam qual palavra está sendo proferida. Somente adquiriu *status* de “língua” após a década de 60, pois, segundo o Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES)¹ nos Estados Unidos da América foram realizadas várias pesquisas no campo da linguística para conferir tal posição à comunicação gestual, entre surdos.

A Língua Brasileira de Sinais, conhecida como LIBRAS, é a 2ª língua oficial do Brasil, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 10.436/2002², sendo ela um dos meios de comunicação optados pela pessoa surda. É, inegavelmente, de aprendizado mais rápido pela pessoa nascida surda, em decorrência da utilização da cognição visual e motora, e transformou-se em parte da identidade

1 INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. *História do INES*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

2 BRASIL. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

cultural da comunidade surda brasileira, que se tornou coesa, no país, devido a imprescindibilidade de se organizar contra práticas abusivas, como o uso obrigatório do oralismo e a proibição da utilização de sinais, bem como, para defender o ensino da língua de sinais em escolas ou para que seja conhecida pelos demais membros da população.

A Língua Brasileira de Sinais, conforme Honora e Frizanco³ possui complexidades e variações sociais. Por exemplo, um sinal em uma cidade pode ser realizado de uma forma e, em outra, realizado de forma, completamente diferente. Ou seja, não é uma língua uniforme no país, nem no mundo, inclusive. E, como qualquer outra língua, sofre variações históricas devido aos costumes sociais.

Assim, o objetivo deste artigo é observar as garantias sociais estipuladas no normativo brasileiro, desde o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais com o advento da Lei nº 10.436 de 2002⁴ e, assim, vislumbrar algumas de suas aplicações na cultura surda. Desta feita, deverão ser verificados os aspectos culturais, bem como, o histórico legal brasileiro que enumera diversos aspectos sociais, como: o ensino, a saúde, o trabalho e a religião, reforçados e defendidos pelas legislações promulgadas.

Os principais teóricos que auxiliaram a embasar a pesquisa são Honora e Frizanco⁵, na parte histórica da comunidade brasileira da pessoa surda, Perlin⁶, Quadros, Stumpf e Leite⁷, no aspecto do desenvolvimento linguístico e cultural da pessoa surda, bem como, da Língua Brasileira de Sinais, e por fim, Novaes⁸ e Silva⁹ no aspecto social e inclusivo da pessoa surda através da LIBRAS.

3 HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez.** São Paulo: Ciranda Cultural, 2010.

4 Ibidem.

5 HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez.** São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

6 PERLIN, Gladis. **A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS).** In: EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

7 QUADROS, Ronice Müller de; STUMPF, Marianne Rossi; LEITE, Tarcísio de Arantes. **Estudos da língua brasileira de sinais.** v. 1. Florianópolis: Insular, 2013.

8 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania.** Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010.

9 SILVA, César Augusto de Assis. **Cultura Surda: agentes religiosos e a construção de uma identidade.** São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória que, conforme Gil¹⁰ visa ao aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições, e foi desenvolvida através da bibliografia que, de acordo com Severino¹¹: “... é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos e teses etc, e de dados ou de categorias já trabalhados por outros pesquisadores devidamente registrados”, principalmente de livros e leis publicadas de forma virtual.

1. Pessoa surda no Brasil

Antes do Segundo Império (1840-1889) não se verificava, no Brasil, uma viabilização de incentivos para a pessoa surda, no campo da educação, pois, conforme Honora e Frizanco¹² a surdez era vista como uma deficiência grave. As mudanças, aconteceram, principalmente sobre a percepção da surdez, em decorrência de um dos netos de Dom Pedro II ter nascido surdo, e o Imperador ter empreendido grandes esforços para ajudá-lo, como contatar Ernest Huet e fazê-lo abandonar Paris e vir para o Brasil, para tratá-lo.

Com a chegada do professor surdo Ernest Huet, no país, foi verificada, pela primeira vez, a capacidade de aprendizado do surdo, como se observa a seguir:

Deu-se origem a Língua Brasileira de Sinais, com grande influência da Língua Francesa. Huet apresentou documentos importantes para educar os Surdos, mas ainda não havia escolas especiais. Solicitou, então, ao Imperador Dom Pedro II, um prédio para fundar, em 26 de setembro de 1857, o Instituto dos Surdos-Mudos do Rio de Janeiro, atual Instituto Nacional de Educação dos Surdos – INES. [...] O Instituto tinha vagas para 100 alunos do Brasil todo e somente 30 eram financiados pelo governo, que oferecia educação gratuita. Os alunos tinham de 9 a 14 anos e participavam de oficinas de sapataria, encadernação, pautação e douração¹³.

10 GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

11 SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007, p.122.

12 Ibidem.

13 Ibidem, p.27.

Atualmente, o Instituto Nacional de Educação de Surdos funciona em âmbito federal, subsidiando a formulação da política nacional de Educação de Surdos e promove o ensino infantil ao médio para alunos surdos. INES¹⁴ explica que o instituto viabiliza o ensino bilíngüe e oferece formação de profissionais surdos e ouvintes no Curso Bilíngüe de Pedagogia. Trata-se de uma experiência pioneira não só Brasil, mas, na América Latina.

Por volta de 1911, Honora e Frizanco¹⁵ elucidam que houve a introdução da metodologia do Oralismo puro, em decorrência da determinação do Congresso Internacional de Surdos-Mudos de Milão. As técnicas do sistema de ensino mencionado envolvem procedimentos voltados para incentivar o surdo a se comunicar através da língua oral.

Já o ensino voltado para Comunicação Total, ainda conforme Honora e Frizanco¹⁶, utiliza-se dos sinais, da fala, da leitura labial e do treino auditivo. Ele surgiu no Brasil, somente ao redor dos anos 70, em decorrência da visita da educadora de surdos da Universidade de Gallaudet, Ivete Vasconcelos. Assim, foi desencadeando, por volta de 1980, um crescente incentivo ao Bilinguismo, que usa o método de ensinar a Língua de Sinais, inicialmente, para depois ensinar a língua Oral.

Observa-se que a cultura surda se identifica, por aspectos culturais próprios, como a língua, com as tradições e, até, com o modo de vida dos surdos, que diferem das pessoas ouvintes. Com o convívio dos participantes, entre si, acabam por construir uma identidade surda única, de cada membro da sua comunidade que, conforme Perlin¹⁷: “As identidades surdas são multifacetadas, fragmentadas, em constante mudança; jamais se encontra uma identidade mestra, um foco. Os surdos passam a ser surdos através da experiência visual, de adquirir certo jeito de ser surdo”.

14 INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

15 HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez**. São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

16 Ibidem.

17 PERLIN, Gladis. **A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS)**. In: EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006, p.05.

A diversidade na identidade mencionada se encontra, inclusive, na escolha de como a pessoa surda interagirá com o mundo, ao optar por se comunicar através da Língua Brasileira de Sinais, do Português, ou de ambas, ao ser bilíngue.

Posto isso, verifica-se a existência de pessoas surdas sinalizadoras, que utilizam a LIBRAS, e pessoas surdas oralizadas, em que a LIBRAS é a primeira língua, mas, podem se comunicar oralmente através do Português. Há os que se denominam implantados, por terem realizado o implante coclear e, geralmente, possuem o Português como língua única e, finalmente, deve-se considerar os surdos cegos que consoante Boas¹⁸:

(...) a comunicação ocorre por meio do tato, que se torna um canal efetivo, além da utilização dos resíduos sensoriais visuais e auditivos e de estímulos provenientes dos outros sentidos como olfato, paladar, propriocepção e cinestésico. A compensação sensorial, proveniente dos déficits auditivo e visual, ocorre por meio desses outros sentidos. Nesse processo, os canais de informação e recepção são diferenciados e, mesmo assim, haverá a construção sintática e semântica. Cada indivíduo com surdocegueira apresenta características específicas assim como as possibilidades de comunicação. É necessário um processo adequado de interação para o desenvolvimento da linguagem e aprendizagem.

Denota-se, portanto, que a pessoa surda não utilizará, obrigatoriamente, a Língua Brasileira de Sinais, mas, nem por isso, deverá ser considerada de menor valia ou menos importante, tendo em vista que é parte integrante da comunidade surda sinalizadora.

2. A legislação inclusiva da pessoa surda

A norma, inicialmente, partiu de uma busca para regulamentar a convivência social entre dois ou mais membros, entre surdos e não surdos, da sociedade, para que um possa se desenvolver e viver sem interferir ou prejudicar a vida do outro, pois, para uma pessoa considerada diferente, seria necessário, segundo Franco,¹⁹

18 BOAS, Denise C. Villas et al (Ed.). A comunicação de pessoas com surdocegueira e a atuação fonoaudiológica. **Distúrbios da Comunicação**: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, v. 24, n. 3, p.407-414, dez. 2012. Trimestral. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/dic/article/view/13157/9691>>. Acesso em: 17 fev. 2016, p.410.

19 FRANCO, Telma. **Bullyng contra surdos**: a manifestação silenciosa da resiliência. Curitiba: Appris, 2014.

a sua inclusão, em que o ato de incluir seria ter o outro em si, respeitando o ser humano enquanto igual, provendo-lhe da oportunidade de evoluir, de acordo com suas potencialidades e oportunidades.

Desta feita, a primeira legislação brasileira que faz menção a pessoa surda é o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil²⁰, no Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, em que o artigo 27 expõe um rol de pessoas que não poderão ser consideradas criminosas, registrando no parágrafo 7º, os “surdos-mudos” de nascimento que não tiveram educação, excetuando os casos em que há a comprovação de seu dolo. Por sua vez, o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 5º, inciso III, versa sobre os absolutamente incapazes, sendo o “surdo-mudo” que não exprime sua vontade, configurado como tal.

Em sequência, com a promulgação da Constituição de 1988²¹, foram instituídos uma série de Princípios, Direitos e Garantias Fundamentais que focavam na igualdade e inclusão, beneficiando a comunidade surda. As inovações trazidas pela Carta Magna decorreram dos Direitos Humanos que, segundo Novaes²² são: “[...] hierarquicamente superiores a todo o ordenamento jurídico, pois a aplicação das determinações legais exige que os mesmos sejam respeitados.” Observa-se, portanto, que, em consideração aos Direitos Humanos, houve uma forte influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na elaboração da Lei Maior.

No ano 2000, foi promulgada a Lei nº 10.098²³ com normas gerais e critérios básicos que promovem a acessibilidade das pessoas com alguma deficiência, indicando o que seria barreira, deficiência, acessibilidade, dentre outros termos que foram alterados com o advento da Lei nº 13.146 de 2015²⁴, conhecida

20 BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

21 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

22 Ibidem, p.23.

23 BRASIL. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

24 BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

como Estatuto da Pessoa com Deficiência que estabelece indicativos sobre a acessibilidade na comunicação, incluindo o intérprete.

Ainda, a Lei nº 10.436/02²⁵ foi de fundamental importância para a comunidade surda, haja vista ter reconhecido a Língua Brasileira de Sinais como meio legal de comunicação e expressão, oficializando-a como a 2ª Língua Nacional do Brasil, bem como, em seu artigo 2º determinando a garantia por parte do Poder Público em apoiá-la e difundi-la. Além disso, de acordo com Novaes²⁶:

Neste sentido, ressalta-se que a educação é que deve ser bilíngue e não a política pedagógica formadora do espaço educacional. Em outras palavras, é a educação dos surdos que deve ser realizada em um contexto educacional em que se envolvam as duas línguas, e não o espaço educacional (sala de aula) que deve ser bilíngue meramente por agrupar pessoas surdas e ouvintes, até porque estes são os usuários nativos, no primeiro caso, de uma língua espaço-visual, e no último, de uma língua de natureza oral-auditiva.

Verifica-se, de tal forma, que há uma valoração da educação voltada ao bilinguismo, já que a pessoa surda deverá contar com uma didática que incentive e auxilie o seu aprendizado, tanto da língua de sinais como do português, e não seria com o espaço educacional bilíngue que se atingiria tal objetivo.

Ressalta-se que a lei da Libras institui a assistência à saúde, garantindo atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva. Ocorre que, embora seja determinado o atendimento adequado, em que se pode auferir que os prestadores de serviço médico e auxiliares devam ter a fluência na língua escolhida pela pessoa surda ou, no mínimo, ter um intérprete no local para auxiliar na comunicação entre médico, enfermeira e paciente. O artigo 3º mencionado acima se utiliza de terminologia puramente médica ao se referir aos membros da comunidade surda, praticante da Libras, como “portadores de deficiência auditiva”, sendo o termo considerado não adequado a estes.

Em sequência, pode-se verificar outro retrocesso no parágrafo único do artigo 4º, que registra que a língua brasileira de sinais não poderá substituir

25 BRASIL. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

26 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010, p. 72-73.

a modalidade escrita do português, sendo que, segundo Gesser²⁷: “A língua de sinais tem estrutura própria, e é autônoma, ou seja, independe de qualquer língua oral em sua concepção linguística”. Assim, ao possuir uma forma organizacional diferente do português, pode-se auferir que o artigo não capta a essência da Libras, e de que seus usuários terão de aprender uma língua diferente para respeitar um normativo que subestima a língua de sinais.

Sequencialmente à Lei nº 10.436/02²⁸, o Decreto nº 5.626/05²⁹ veio regulamentá-la sobre a inclusão da LIBRAS na educação, tratando de seus educandos, educadores e intérpretes. A Língua Brasileira de Sinais passou a ser regulamentada no que se refere a sua obrigatoriedade nos cursos de formação de professores, fonoaudiólogos e magistérios, bem como, disciplina optativa nos demais cursos. Outras especificações vieram a ser tratadas, como a formação dos educadores, instrutores e intérpretes da Língua Brasileira de Sinais e como se daria o uso e difusão da LIBRAS e da Língua Portuguesa, para auxiliar as pessoas surdas a ingressarem e adquirirem educação, em todas as suas etapas.

A Lei nº 13.146³⁰, promulgada em 06 de julho de 2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de assegurar os direitos já estabelecidos e indicados nas legislações anteriores, traz uma série de inovações ao instituir como incumbência do Poder Público, a oferta do ensino em bilíngue, de acordo com o artigo 28, IV. Entretanto, não o incluí como aplicado às instituições privadas, ao excluir o inciso em seu parágrafo primeiro.

27 GESSER, Audrei. **LIBRAS? Que língua é essa? crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda.** São Paulo: Páraloba Editorial, 2009, P.33.

28 BRASIL. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

29 BRASIL. Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm>.

30 BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

A promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo originou o Decreto nº 6.949/09³¹ que trata de diversos temas, tendo uma relevância na esfera trabalhista, que reforça a inclusão no trabalho e a não discriminação, conforme seu artigo 27^o, caput:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros [...].

O direito trabalhista brasileiro possui uma série de princípios que visam à inclusão laboral, como o princípio da não discriminação, que veda a exclusão da pessoa em qualquer etapa laboral, desde o processo seletivo até a possibilidade de crescimento na carreira, ou o princípio da irredutibilidade salarial, em que o salário da pessoa surda não poderá ser reduzido pelo simples fato de ter se tornado surda, ou ser surda.

No Brasil, a inclusão laboral para pessoas com alguma deficiência se iniciou com a Constituição Federal de 1988³² em seu artigo 7^o, inciso XXXI ao vedar discriminação na admissão ou na valoração salarial. No ano seguinte à promulgação da Carta Magna, foi publicada a Lei nº 7.853/89³³ que, no artigo 2^o, parágrafo único, incisos I à IV, dispõe sobre a formação profissional e no

31 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

32 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

33 BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

trabalho, bem como, dos deveres estatais em garantir a inclusão daqueles com alguma deficiência física.

Na Consolidação das Leis Trabalhistas, embora não verse sobre inclusão trabalhista, a Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiências evidencia sobre a habilitação destes, pois esta se dará, conforme Novaes³⁴: "[...] pela identificação de suas potencialidades laborativas, para que, por meio da adequação ao perfil profissional compatível com as características das mesmas, haja todo um processo de ingresso, conservação e progressão profissional".

No âmbito privado trabalhista, outrossim, há a determinação de um percentual mínimo de preenchimento de vagas por deficientes de acordo com o artigo 93 da lei nº 8.213/91³⁵, que pode ser analisada como uma conquista por garantir uma maior inclusão no meio laboral. Além disso, é papel do Ministério Público do Trabalho - MPT assegurar seus direitos, pois conforme Maranhão,³⁶ o MPT pode (e deve) postular pelo cumprimento das quotas reservadas aos trabalhadores com deficiência, incluindo as pessoas com surdez, bem como, garantir que o ambiente laboral seja adequado com condições apropriadas.

Assim, embora haja a disposição legal com a finalidade de incluir e acomodar as pessoas surdas em atividades laborais, estas terão de ser adequadas para as capacidades do trabalhador surdo, a fim de que este possa se desenvolver e se qualificar.

3. Vislumbres da difusão legal da libras na sociedade

A Língua Brasileira de Sinais é desenvolvida e se encontra em constante modificação e construção, primordialmente, pela Comunidade Surda, além de pessoas que convivem diretamente com esta, como os intérpretes, os interessados e os estudiosos, haja vista a crescente difusão para seu aprendizado, com cursos gratuitos e pagos por todo o País. A importância da difusão normativa da Língua Brasileira de Sinais está, inicialmente, na percepção da sua importância

34 Ibidem, p. 95-96.

35 Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

36 MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

cultural, e, conseqüentemente, na visualização do respeito à comunidade surda como parte da sociedade benemérita de direitos e proteção legal. Além disso, o intérprete, peça chave para a interação entre pessoa surda e a pessoa ouvinte que desconhece a Língua Brasileira de Sinais, também auxilia na difusão da LIBRAS, além de ampliar os sinais e, conforme Perlin³⁷: “Fica evidente que uma reinscrição cultural do surdo é construída e repassada de acordo com o conhecimento cultural do ILS. O conhecimento cultural se dá por uma legitimação, por uma percepção da diferença”.

No que se refere à religião, é parte integrante da sociedade, existindo diversos tipos de credo, em que, aquele em que a pessoa se sente mais identificado ou a qual cresceu conhecendo, será a seguida. Ao ter uma religião, o ser opta por um conjunto de credos que irão indicar como deve agir e se comportar em todos os parâmetros. Deve-se salientar, que este aspecto social veio como importante veiculador da inclusão, tendo em vista que, de acordo com Silva³⁸: “Desde 1999, as missas da TV Canção Nova, vinculadas a Renovação Carismática Católica, apresentam o intérprete de *libras*, no canto inferior da tela”. Oliveira e Oliveira³⁹, entretanto, expõem que o instituto religioso foi um meio discriminatório da pessoa surda, tendo em vista que, dada a capacidade auditiva reduzida ou inexistente, utilizou-se do rótulo da incapacidade, valendo-se de um tratamento estereotipado, colaborando para o posicionamento cultural diferenciado do surdo diante do ouvinte.

A percepção das igrejas das pessoas surdas foi direcionada para a possibilidade de ampliar seu quadro de fiéis, em decorrência do *mercado da libras*, onde se utilizaram da publicação de dicionários e livros de cunho religioso, voltados para praticantes da LIBRAS. Com isso, aufere-se, inicialmente, um progresso para a comunidade surda, entretanto, há controvérsias, como

Ainda no contexto religioso, o pentecostalismo não cessa de encenar a cura do *surdo-mudo* em suas congregações, a exemplo da Igreja Internacional

37 PERLIN, Gladis. **A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS)**. In: EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006, p.07.

38 SILVA, César Augusto de Assis. **Cultura Surda: agentes religiosos e a construção de uma identidade**. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 41.

39 OLIVEIRA, Daisy Mara Moreira de; OLIVEIRA, Derli Machado de. **Cultura, educação e religião: Tripé histórico que contribuiu para o discurso de cultura dos surdos brasileiros**. In: PERLIN, Gladis. **A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS)**. In: EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

da Graça de Deus, na qual, em culto televisionado, o missionário R. R. Soares proclamou ter realizado a cura do *surdo* por meio de sua saliva, da mesma maneira como Cristo. Assim, é possível afirmar que a surdez é múltipla e histórica na exata medida em o *effatao* é⁴⁰.

Logo, embora a inclusão seja necessária, deve-se observar a veracidade dos meios buscados que objetivam tal fim, tendo em vista que poderá ocorrer de forma a excluir a cultura surda que, se percebe como sinalizadora dada à imposição de alguns representantes religiosos em manter a visão médica da surdez, e acreditar que ela deve ser curada, acabando por enganar um fiel, no caso não possuir realmente o “dom da cura”, ou por excluí-lo em quase sua totalidade de sua coletividade, no caso de possuí-lo.

É notável que as novas tecnologias auxiliam na inclusão das pessoas surdas, desde celulares que permitem a vídeo chamada e, até aplicativos que auxiliam na tradução de sinais para o português que, de acordo com Governo Federal⁴¹: “O Hand Talk App é um tradutor mobile para smartphones e tablets, que converte, em tempo real, conteúdos em português para Libras, seja ele digitado, falado ou até fotografado. O aplicativo, que foi eleito pela ONU o melhor app social do mundo”. Além disso, outro aplicativo utilizado para a tradução de Sinais é o “ProDeaf” que conforme PRODEAF⁴²: “[...] é um conjunto de softwares capazes de traduzir texto e voz de português para Libras - com o objetivo de permitir a comunicação entre surdos e ouvintes”.

Em um comparativo entre os aplicativos “ProDeaf” e “Hand Talk”, este possui dicionário com dezenas de palavras que poderão ser sinalizadas ao clicá-las, sem a necessidade de internet, caso a palavra buscada pelo utilizador não se encontre no glossário, o personagem fará a datilografia da palavra ou efetuará uma busca online, caso haja conexão. Ressalta-se, também, a iniciativa do “weblibras”, que auxilia páginas da web a serem traduzidas para LIBRAS. Já o Hand Talk, necessita da conexão com a internet para tradução dos sinais, caso não haja, exporá somente o alfabeto manual da palavra. Além disso, possui o histórico das palavras pesquisadas, anteriormente.

40 Ibidem, p.218.

41 BRASIL. **Guia de aplicativos do Governo Federal**. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.aplicativos.gov.br/aplicativos/hand-talk>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

42 PRODEAF TECNOLOGIAS ASSISTIVAS LTDA (Recife). **O que é?** 2016. Disponível em: <<http://www.prodeaf.net/pt-br/OQueE>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Na área da saúde, há a prestação de serviços públicos para implementação de próteses auditivas e tratamentos de reabilitação auditiva, entretanto, de acordo com Novaes⁴³: “Surge a dúvida e a crítica em relação a que nem todas as Administrações Públicas possuem profissionais da Psicologia aptos para atender pessoas surdas, que só dominam como forma de comunicação a Língua Brasileira de Sinais [...]”. Ou seja, embora sejam especificados somente os profissionais da psicologia, é notório que para os serviços médicos ofertados à pessoa surda há poucos profissionais capazes de realizar seu atendimento.

Em observância ao meio acadêmico, percebe-se que a discriminação na forma de assédio moral conhecida como *bullying*. Franco⁴⁴ explana que, no Brasil, comumente é praticada a discriminação reiterada de alunos dentro da escola ou fora dela, sendo auferida pela autora a prática de *bullying* contra estudantes surdas sinalizadoras, em uma escola de ensino fundamental, que foram excluídas, além de sofrerem maus tratos e provocações, unicamente pelo fato de serem surdas e se comunicarem de forma diferenciada dos alunos ouvintes.

No ensino, entretanto, há medidas que buscam a inclusão da pessoa surda, tendo em vista que, para a parte de graduação, a LIBRAS ampliou a abordagem de pesquisas e estudos, pois, conforme Franco:

A partir do novo milênio, os estudos sobre a Libras começaram a ganhar força. Não podemos ignorar o acontecimento da Lei de Libras (Lei 10.436/2002) e a sua regulamentação em 2005 (Decreto 5626/2005) como fundamentais para o estabelecimento das pesquisas com Libras no Brasil. Com essa legislação, temos a criação do Curso de Letras Libras, na Universidade Federal de Santa Catarina, em 2006. Em seguida, temos esse curso criado na Universidade Federal de Goiás e na Universidade Federal da Paraíba, como já mencionado. O reconhecimento da Libras como língua nacional impulsionou os estudos sobre essa língua⁴⁵.

Nas universidades, além do mais, ocorreram incentivos ao estudo, principalmente na área da linguística, sobre a LIBRAS, com a oferta do curso

43 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010, p.129.

44 FRANCO, Telma. **Bullying contra surdos**: a manifestação silenciosa da resiliência. Curitiba: Appris, 2014, p 22

45 Ibidem, p.22.

Letras Libras, conforme Quadros, Stumpf e Leite⁴⁶, inicialmente ofertado na Universidade Federal de Santa Catarina desde o ano de 2006, na graduação de tipo Licenciatura e modalidade à distância.

Quando se trata da esfera trabalhista, conforme Novaes⁴⁷, tanto na pública como na privada, na primeira o processo seletivo de concursos, muitas vezes, não há a correta elaboração e aplicação da prova com LIBRAS, que teria a necessidade de vídeo ou intérprete para melhor desenvoltura da pessoa surda. Já no campo privado, muitas vezes não se observa a posição ou cargo mais adequado às habilidades que possa oferecer, havendo até casos em que se utiliza da capacidade auditiva limitada para ambientes altamente ruidosos.

Conclusão

A Língua Brasileira de Sinais está, intrinsecamente, inserida na cultura da comunidade surda, sendo relevante para que seus membros se sintam inclusos na sociedade brasileira. Conforme explorado anteriormente, as leis e decretos promulgados tornaram possível que mais direitos fossem estabelecidos para as pessoas surdas.

De forma objetiva, foram tratadas particularidades sociais nas esferas: acadêmica, religiosa, laboral, tecnológica e da saúde que expõem em quais pontos, a difusão da LIBRAS, houve o vislumbre da efetiva inclusão social daqueles que a utilizam como forma de comunicação, e de outros, em que ainda há a imprescindibilidade de uma melhor adaptação para a inclusão do Surdo que se comunica pela Língua de Sinais.

Deve-se, à vista disso, buscar a divulgação da língua de sinais junto a população, seja por meio de cursos gratuitos ou pagos, e através das diversas mídias existentes, como, por exemplo, o aplicativo “Hand Talk”⁴⁸ que com o personagem “Hugo” auxilia na tradução do português para LIBRAS, bem como, através do “ProDeaf”⁴⁹ que, efetua, por meio de cadastro, a acessibilidade

46 QUADROS, Ronice Müller de; STUMPF, Marianne Rossi; LEITE, Tarcísio de Arantes. **Estudos da língua brasileira de sinais**. v. 1. Florianópolis: Insular, 2013.

47 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania**. Rio de Janeiro: Walk, 2010.

48 Disponível para download em celulares e tablets no site: <<http://www.handtalk.me/app>>.

49 Disponível para download em celulares e tablets no site: <prodeaf.net/download>.

de sites em Libras, ofertando na modalidade gratuita para até 1.000 traduções mensais com pacotes para mais interpretações.

Além disso, deve-se ter cautela com a promoção inadequada da cultura surda, tendo em vista que, embora alguns meios sejam acessíveis e disponibilizarem intérpretes, ao estimular uma “cura” da surdez, há uma prática que pode desconsiderar toda a identidade construída por aquela pessoa, bem como, a sua construção cultural e a de sua comunidade.

Por outro lado, a aplicação de medidas privadas é tão importante quanto às públicas, pois no campo privado há a possibilidade de conquistar e descobrir, mais rapidamente, novos métodos de executar a inclusão das pessoas surdas, embora, geralmente, será direcionado para o interesse do investidor que poderá, ou não, ser benéfico. Já uma medida pública bem organizada pode divulgar mais, facilmente, em todo território as informações e as formas de obtenção para a acessibilidade. Ademais, é necessária a participação da comunidade surda para que possa expor a melhor forma das normas e das tecnologias auxiliarem na efetivação da sua integração total na sociedade.

Assim, observa-se que os normativos brasileiros vêm buscando uma concretização da acessibilidade da pessoa surda brasileira, embora alguns pontos ainda precisem ser reavaliados e adequados à cultura surda, sendo necessário, como mencionado anteriormente, uma maior e efetiva participação de seus membros, bem como, serem ampliados e especificados, em certos aspectos em prol de uma abrangência real.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais

- Libras, e o art. 18 da Leino 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacionaisobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados emNova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoasportadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional paraIntegração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional deinteresses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a caracterização desímbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira deSinais - Libras e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão daPessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Guia de aplicativos do Governo Federal**. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.aplicativos.gov.br/aplicativos/hand-talk>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BOAS, Denise C. Villas et al (Ed.). A comunicação de pessoas com surdocegueira e a atuação fonoaudiológica. **Distúrbios da Comunicação**: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, v. 24, n. 3, p.407-414, dez. 2012. Trimestral. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/dic/article/view/13157/9691>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

FRANCO, Telma. **Bullyngcontra surdos**: a manifestação silenciosa da resiliência. Curitiba: Appris, 2014.

GESSER, Audrei. **LIBRAS? Que língua é essa? crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda**. São Paulo: Párbola Editorial, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais**: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez. São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

_____. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais**: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez. São Paulo: Ciranda Cultural, 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk, 2010.

OLIVEIRA, Daisy Mara Moreira de; OLIVEIRA, Derli Machado de. Cultura, educação e religião: Tripé histórico que contribuiu para o discurso de cultura

dos surdos brasileiros. In: PERLIN, Gladis. **A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS)**. In: EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

PRODEAF TECNOLOGIAS ASSISTIVAS LTDA (Recife). **O que é?** 2016. Disponível em: <<http://www.prodeaf.net/pt-br/OQueE>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

QUADROS, Ronice Müller de; STUMPF, Marianne Rossi; LEITE, Tarcísio de Arantes. **Estudos da língua brasileira de sinais**. v. 1. Florianópolis: Insular, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, César Augusto de Assis. **Cultura Surda: agentes religiosos e a construção de uma identidade**. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

Uma reflexão crítica quanto a responsabilidade parental e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança como um direito fundamental

A critical reflection on parental responsibility and the right to the free development of the child's personality as a fundamental law

*Bruna Souza Paula
Eveline de Castro Correia*

Resumo: Este artigo discorre a respeito da relação dos limites presentes na responsabilidade parental diante do desenvolvimento da personalidade da criança, como direito fundamental. Destaca-se que as relações familiares estão inseridas, contemporaneamente, sob uma ótica civil-constitucionalista, em que a criança e o adolescente assumiram papel de protagonistas. Por conseguinte, a esfera da autoridade parental passa a ser a promoção da dignidade humana dos filhos menores. Tem-se como objetivo geral analisar as responsabilidades parentais diante do direito da criança e do adolescente em se autodeterminar pelo direito ao desenvolvimento da sua personalidade. Como objetivos específicos, pretende-se: delimitar os novos parâmetros de família entre seus membros, em especial, pais e filhos, bem como, verificar a autonomia da vontade do menor diante das responsabilidades parentais. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de um estudo descritivo-analítico, e a tipologia da pesquisa é a bibliográfica e jurisprudencial. E segundo a utilização dos resultados, considera-se pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Ademais, é qualitativa, descritiva e exploratória. O trabalho

está estruturado em três pontos: o perfil de família, a autonomia da vontade e a autoridade parental. Dessa forma, pretende-se analisar, criticamente, os limites do cuidado parental diante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Palavras-chave: Família. Criança. Desenvolvimento da personalidade, Responsabilidade parental.

Abstract: The article study the limits in the parental responsibility against the development of the personality of the child as fundamental right. It should be noted that family relations are inserted from a civil-constitutionalist perspective, in which the child and the adolescent have assumed a role of protagonists, therefore the sphere of parental authority becomes the promotion of the human dignity of the minor children. The study aims to analyze the parental responsibilities of the right of the child and the adolescent to self-determination for the right to the development of the personality, and as specific objectives to delimit the new family parameters among its members, especially parents and children, as well to verify the autonomy of the child's will in the face of parental responsibilities. In relation to the methodological aspects, the hypotheses are investigated through a descriptive-analytical study, the research typology is the bibliographical and jurisprudential, and according to the use of the results, pure, since it is carried out only with the purpose of expanding the knowledge. In addition, qualitative, descriptive and exploratory. The work is structured in three points, the family profile, autonomy of the will and parental authority. Thus, it is intended to critically analyze the limits of parental care in the face of the right to free development of personality.

Keyword: Family. Child. Personality development. Parental responsibility.

Introdução

O estudo do direito das crianças ou do direito de menores, dentro de um sistema de direito de família, influenciado pela estrutura civil-constitucional encontra relevância com a prevalência das relações existenciais em detrimento das relações patrimoniais, dada a tutela e proteção prioritária da pessoa humana.

A chamada constitucionalização do Direito Civil foi ocasionada pela expansão normativa do direito constitucional para todos os ramos, como por exemplo, o direito de família. Assim, o estado familiar mudou seus parâmetros,

em vista de que a família, inspirada na dignidade da pessoa humana, passou a possuir novos paradigmas e funções que perpassam, necessariamente, pelo direito infanto-juvenil. Ademais, com a funcionalização da família pelo afeto, o seio familiar e o poder familiar tornam-se instrumentos de desenvolvimento da personalidade da criança.

De fato, a Constituição Federal de 1988 contempla no seu artigo 227, como dever da família, assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem todos os direitos fundamentais, inclusive a liberdade. Por isso, é imprescindível destacar que, nas relações familiares, contemporaneamente, inseridas sob a ótica civil-constitucionalista, a criança e o adolescente assumiram o papel de protagonistas. Por conseguinte, a esfera da autoridade parental passa a ser a promoção da dignidade humana dos filhos menores. Dessa forma, se a família é vista como instrumento da formação da pessoa, com o fim de realizar o pleno desenvolvimento de cada de seus membros, ela será espaço de realização pessoal da criança e do adolescente.

Será sob a égide do instituto do poder familiar ou poder paternal que as relações internas do grupo familiar, que a criança e o adolescente, enquanto filhos, irão se sujeitar até a maioridade ou emancipação. Por esse motivo, justifica-se o estudo da autoridade parental em contraponto ao desenvolvimento da personalidade da criança, inclusive da revisão conceitual do termo.

O termo Poder Familiar, apesar de inadequado à nova concepção das relações familiares, ainda está em vigor no direito brasileiro, inclusive tendo sido introduzido no direito brasileiro pelo recente Código Civil, em 2002. Contudo a expressão Poder Paternal, ou até mesmo a já superada expressão Pátrio Poder, correspondem a um conceito desprovido de contextualização constitucional, tanto portuguesa, como brasileira, respectivamente.

Os termos Autoridade Parental, Responsabilidade Parental e Cuidado Penal, estes dois últimos advindos do direito português, configuram-se em uma real revisão conceitual em que a relação parental está sob o âmbito dos princípios constitucionais e dos valores sociais, bem como, sob a exigência da ordem civil constitucionalizada.

Nesse contexto, levando em consideração que a criança e o adolescente foram elevados, na presente era pós-moderna, a sujeitos de direitos, em que a dignidade da pessoa humana, consagrada em todas as constituições, em que se pretende vigorar um Estado Democrático de Direito, não integralizar a criança

e não atribuir-lhe o papel principal de sua própria vida, contrariando a própria ordem constitucional.

Este artigo pretende apresentar os limites do poder familiar diante da autonomia da vontade advinda do direito fundamental ao livre desenvolvimento, tem-se, então, como objetivo geral, analisar as responsabilidades parentais diante do direito da criança e do adolescente, em se autodeterminar pelo direito ao desenvolvimento da personalidade. Como objetivos específicos, pretende-se delimitar os novos parâmetros de família entre seus membros, em especial, pais e filhos; bem como, verificar a autonomia da vontade do menor diante das responsabilidades parentais.

Em relação aos aspectos metodológicos desta pesquisa, as hipóteses são investigadas através de um estudo descritivo-analítico, e no que tange a tipologia, é bibliográfica e jurisprudencial. Ainda, segundo a utilização dos resultados é pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos sobre o tema. Segundo a abordagem, é qualitativa na medida em que se aprofundará na compreensão das ações e relações humanas, bem como, nas condições e frequências de determinadas situações sociais. Quanto aos objetivos, é descritiva porque expõe, explica e esclarece os problemas apresentados, e exploratória, uma vez que procurará aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

O desenvolvimento que trará as reflexões acerca do tema será estruturado em um artigo organizado em três pontos. Primeiramente, analisar-se-á o novo perfil de família. Em um segundo momento, abordar-se-á a tutela jurídica e a autonomia da vontade da criança e do adolescente, como pessoa em desenvolvimento. Por fim, tratar-se-á do instituto da autoridade parental quanto ao seu conteúdo e exercício. Ao final, expõem-se as considerações finais, refletindo em relação ao direito da personalidade da criança e do adolescente.

1. Mosaico familiar contemporâneo

O conceito de família e seu conteúdo vêm sofrendo diversas modificações, intensificadas nos últimos anos, pois com a evolução da sociedade, a família vem encontrando novas formas de ser e se formar.

A família, num conceito atemporal, é entendida através de um sistema de relações construídas por meio de conceitos e preconceitos, ideais, sonhos e realizações, e por

isso é considerada a célula mater da sociedade¹. A estrutura patriarcal perdurou por muito tempo, legitimando o exercício de poderes masculinos sobre a mulher e sobre os filhos. Porém, foi perdendo aos poucos, suas antigas funções, como a função econômica, por exemplo, que via a família como uma unidade produtiva, a função procracional, de influência puramente religiosa. Por isso, atualmente, a família é funcionalizada pela afetividade. Portanto, onde houver affectio, haverá uma família unida por laços de liberdade e responsabilidade².

Utilizando a afetividade, o Supremo Tribunal Federal, da Corte Constitucional Brasileira, incluiu mais uma entidade familiar ao ordenamento jurídico brasileiro: a união homoafetiva³. Até então, a atual Constituição Brasileira reconhecia três enquadramentos de família, que seriam aquelas originadas de casamento, as decorrentes de união estável e a família monoparental⁴. Ainda, outra modalidade de família tem sido considerada, apesar do déficit normativo. É a chamada família recomposta ou reconstituída. Ela seria nas palavras de Grisard Filho: “a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior”⁵.

Diante do exposto, pode-se concluir que a família atual⁶ além de abrigar os mais diversos arranjos familiares entrelaçados pela afetividade, não é uma instituição decorrente somente do matrimônio, e por isso, não cabem mais as

1 GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações, in Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 126, para essa autora, a família em decorrência desse conjunto de emoções, sonhos, transforma-se num caleidoscópio de relações.

2 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

3 Decisão em sede de ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ

4 A família monoparental é formada somente por um dos pais e seus filhos. Está-se falando não só da mãe solteira, mas também do pai e também da mãe grávida e seu nascituro, eles também constituem uma família.

5 GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas, novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

6 Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. (STJ – Processo REsp 1106637/SP, RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento: 01/06/2010).

antigas preocupações patrimoniais que foram matrizes da família tradicional. Hoje, a família passou a significar também, o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens.⁷ Nesse sentido, a família passa de instituição para ser família instrumento⁸, cuja razão de ser será a dignidade de cada membro. Dessa forma, consagra-se, contemporaneamente, o modelo eudemonista de família, em que seus membros buscam, na própria família ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar,⁹ consagrando de maneira última, o afeto como princípio familiar.

2. Direito ao desenvolvimento da personalidade a criança e do adolescente

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade significa, em termos simples, o direito de se autodeterminar. Ele garante, a cada pessoa, o respeito a sua individualidade e vontade. Nele, deve-se respeitar a formação e a identidade de cada pessoa, desde o momento da concepção até o último instante de vida. Este direito permite ao ser humano decidir o futuro de seu ser¹⁰.

Nos dias atuais, o direito infanto-juvenil considera que a criança não é mais um ser indefeso e total dependente da proteção dos pais. Sua consideração como objeto do exercício do pátrio poder, tanto não mais procede, que o termo menor, não é mais utilizado nos documentos internacionais. Como exemplo,

7 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 78.

8 Maria Berenice Dias ressalta que ela passa a família instrumento por contribuir para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e para o crescimento e formação da sociedade, o que justificaria a proteção do Estado. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

9 GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações, in Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 138.

10 Conforme Capelo de Sousa este bem jurídico pressupõe uma estrutura humana viva, não sendo por isso extensivo à personalidade humana falecida, sem prejuízo de uma pessoa viva potenciar um acervo de bens de personalidade tutelados post-mortem. CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 204.

tem-se a Convenção dos Direitos da Criança. Porém, o desenvolvimento da personalidade da criança está, sim, relacionado com a autoridade parental. Todavia, a maturidade deve-se desenvolver em clima de liberdade, de possibilidades de se eleger valores e de opções vitais¹¹.

A criança, sujeito de direitos, é titular de todos os direitos humanos e fundamentais presentes na Constituição a que pertença, além de ter direitos específicos referentes à sua condição de pessoa em desenvolvimento para adquirir sua autonomia, progressivamente, à medida que cresce física e psiquicamente.

Dessa forma, exige-se, em respeito a sua personalidade decorrente da sua autonomia, a obrigação dos pais de ouvir seus filhos menores antes de tomar alguma decisão que lhe afete, e em outras manifestações de respeito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, no âmbito de educação do menor, não deixando que este tome decisões equivocadas.

Vale frisar que o grau de autonomia de cada criança varia conforme cada etapa da sua vida, e depende do adulto que está ao seu lado criar e proporcionar condições adequadas para o seu desenvolvimento harmonioso e integral. A criança e o adolescente deverão participar da concretização do seu próprio interesse, ou seja, deve ter papel ativo, sendo ouvido por quem detém a autoridade parental, ou pela substituição desta, a autoridade estatal.

Verifica-se que à medida que a idade da criança avança se desenvolvem suas capacidades intelectivas e volitivas e, com isso, sua personalidade. Assim, deve-se fazer reconhecer, paralelamente, um crescente respeito dando-lhe uma margem de liberdade de opção e decisão, em suas múltiplas manifestações vitais¹².

Além disso, respeitar o livre desenvolvimento da personalidade da criança significa não rejeitar a participação dela, não só no processo de decisão, mas também, na observância de sua personalidade por quem lhe dirija sua educação, na medida em que não tem o direito de formar sua personalidade e identidade, a sua imagem e semelhança, segundo sua concepção de mundo e de vida¹³. Ao contrário, a direção e formação da vida da criança deve seguir, estritamente, o

11 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El interés del Menor*. 2 ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 304.

12 Nesse sentido, determina o artigo 2º, item 4 da Lei 13, de 27 de dezembro de 2006, advinda do ordenamento espanhol.

13 CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. *Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 306.

respeito da sua personalidade específica, sua sensibilidade, suas afeições e suas inclinações intelectuais e estéticas, entre outras¹⁴.

Diante da problemática citada acima, fica difícil definir o âmbito de aplicação da educação dos filhos menores de idade. O que dizer, por exemplo, da educação religiosa, tendo em vista que educar é influir na formação da personalidade? Todavia, deve-se ter em mente os valores morais presentes na sociedade em geral para facilitar a inserção dos filhos, nela, ao mesmo tempo em que se preza para o pluralismo ideológico, intelectual, ideológico, axiológico e vital.

Dessa forma, tomando como exemplo a orientação religiosa da criança e do adolescente, deve ser observada a liberdade de crença dos filhos, inclusive o direito de não compartilhar a mesma crença de seus pais, cabendo a eles decidir da forma que lhes aprouver.

Não se pode deixar de notar de que forma essa autonomia da vontade infanto-juvenil se relaciona com uma eventual prática de ato ilícito, pois o Código Civil brasileiro prevê, em seu artigo 928¹⁵, responsabilidade civil do incapaz, subsidiária e mitigada, visto que não decorrerá da possibilidade financeira de

14 Ibid., p. 306.

15 Em recente decisão do STJ em julgamento do RespREsp 1436401 / MG, fixou entendimento no sentido de: “DIREITO CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade **parental** não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1436401 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasília, DF, 02 de fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+parental&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 03 abr. 2017).**

seus pais e do patrimônio mínimo do infante, ressaltando que se deve assegurar ao menor o mínimo necessário à sua sobrevivência.

3. Autoridade parental como limitadora da autonomia de vontade da criança

O poder familiar sempre foi considerado uma espécie de autoridade dos pais em relação aos filhos, todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente consolidação dos direitos fundamentais, a família foi funcionalizada e assim, como esse instituto, esse jurássico termo foi reformulado.

É de se notar que a autoridade parental é o exercício da autoridade temporária dos pais sobre os filhos, pois é exercida até a sua maioridade ou emancipação, e está condicionado ao interesse da realização do filho, como pessoa em desenvolvimento¹⁶.

Essa autoridade é usualmente conhecida por poder familiar, no direito brasileiro, antigo pátrio poder¹⁷. Já o direito português segue a nova nomenclatura, chamando-a de responsabilidades parentais¹⁸, antigo poder paternal, apesar de se sugerir a utilização do termo cuidado parental¹⁹. Contudo, a mudança brasileira de pátrio poder para poder familiar não é adequada, por manter a ênfase no poder, como uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro, pois a nova concepção do instituto o constitui como um *mínus*, em que se ressaltam os deveres e tem como fim a ser perseguido, o interesse dos filhos²⁰.

16 LÓBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4^o ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

17 Maria Berenice Dia esclarece que o antigo pátrio poder remete ao *pater potestas* direito romano, que consistia em um direito absoluto e ilimitado do chefe de família sobre a pessoa dos filhos. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 382.

18 Alteração legislativa trazida pela Lei 61/2008, de 31 de outubro, que substitui a expressão poder paternal por responsabilidades parentais. Nesse sentido, BOLIEIRO; GUERRA observa que a alteração era exigível para tornar clara a separação entre a relação conjugal e a relação parental e defende a alargação da substituição do termo “em todas as normas do CC, do CPC, da OTM ou em qualquer outro diploma avulso”. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família: uma questão de direito(s) – Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 540.

19 Sugestão feita por SOTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.15 e CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas**. Lisboa: Almedina, 2004, p. 370.

20 LÓBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

Entende-se que as novas terminologias propostas, autoridade parental e responsabilidade parental traduzem uma real revisão conceitual, acompanhando a evolução que as relações familiares sofreram, posicionando a relação parental sob o âmbito dos princípios constitucionais e dos valores sociais, exigência essa, na ordem civil constitucionalizada que agora vigora²¹. Além do que, autoridade parental é terminologia adotada por algumas legislações estrangeiras, como a francesa²² e a americana²³.

Em defesa do termo em questão, Paulo Lôbo (2011, p. 296) considera que o termo autoridade é mais adequado, por ser mais condizente ao *mínus* ou à função, fundado na legitimidade e no interesse de outro, além de traduzir uma simples superioridade hierárquica. O termo parental também é adequado, na medida em que melhor representa a relação entre pais e filhos, que representa o grupo familiar e determina uma consideração para a mãe, de igual para igual com o pai.

Em relação a tutela jurídica do ordenamento jurídico, na Constituição Federal Brasileira que trata da família no artigo 227, em diante, o poder familiar assume características de direito protetivo²⁴, na medida em que cabe aos pais zelar pela formação integral dos filhos, extraíndo do dispositivo constitucional mencionado, o conjunto mínimo de deveres a cargo da família, em benefício da criança e do adolescente, quais sejam: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

No artigo 229, a carta constitucional brasileira enumera os deveres da autoridade parental, de onde se retirará o conteúdo do instituto, são eles os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores.

A autoridade parental define, já em âmbito constitucional, os pais como “defensores legais e protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários

21 Todavia a controvérsia sobre os termos ainda persistem. Por exemplo, a psicanalista francesa infantil DOLTO critica a expressão autoridade parental, crendo ser melhor a expressão portuguesa – responsabilidade parental, pois o primeiro termo não corresponde à real personalidade dos pais modernos, que carecem de autoridade, o que é percebido pelas crianças. DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003, p. 44.

22 Nesse sentido, VILLELA esclarece que a lei francesa nº 70-459, de 4 de junho de 1970, substituiu a antiga expressão poder paternal por autoridade parental; parental por referir-se ao pai e mãe e não só ao pai-varão e autoridade em contraposição a poder, pois traduz melhor a ideia de função. VILLELA, João Batista. **Liberdade e família**, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 29.

23 KRAUSE apud LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.

24 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Florense, 2008, p. 506.

dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado”²⁵. Observa-se que por ser uma imposição de ordem pública, o poder não é discricionário, pois o Estado reserva-se ao controle sobre ele. Nesse sentido, as diretrizes constitucionais foram seguidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e pelo Código Civil. O ECA aborda a autoridade familiar quando fala da convivência familiar e comunitária e quando trata da sua perda e suspensão.

A autoridade parental é um veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável²⁶. Desse modo, o cuidado parental funciona na realização e garantia dos direitos fundamentais dos filhos na medida que eles se tornam responsáveis por suas escolhas.

Eles não são menos pessoas que as pessoas adultas, por estarem em desenvolvimento. Apenas são pessoas com direitos na medida do seu desenvolvimento. Quer dizer, na medida do seu discernimento e maturidade. Dessa forma, seus valores e crenças devem ser respeitados. Considere-se também, que seu papel ativo, pois não são sujeitos passivos da relação dos pais ou objeto dos deveres do conteúdo da autoridade parental, cresce à medida que adquirem discernimento e que sua liberdade é acompanhada pela responsabilidade²⁷.

Se a autoridade parental é considerada como um veículo que irá propiciar a autonomia da criança, para que ela possa ter condições de fazer suas próprias escolhas, por que a considerá-la de forma gradual, e não absoluta? Assim, deve-se buscar um equilíbrio entre os deveres inerentes a autoridade dos pais, funcionalizada com as peculiaridades e interesses inerentes à personalidade dos filhos. Uma concepção que busque uma relação de complementaridade entre a finalidade de proteção e a de promoção da autonomia e independência dos filhos.

O cuidado parental está vinculado ao interesse do filho e ao respeito pelo desenvolvimento da sua personalidade, com o fim de ser um, nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira, “instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”²⁸, na medida em que se devem considerar

25 _____. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: **Direito da família e sucessões**. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tertuce, José Fernandes Simão (Coord.). São Paulo: Método, 2009, p. 298.

26 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 138.

27 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 139.

28 *Ibid.*, p. 138.

as especificidades da pessoa menor de idade e a participação da criança e do adolescente na definição do seu próprio interesse, decorrente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Desse modo, tem-se a visão de que a criança e o adolescente possuem um papel ativo do desenvolvimento da sua personalidade, bem como, se acredita ser ele um sujeito provido de aptidão natural. E, para que o cuidado parental possa garantir a evolução da personalidade do menor, esse desvelo deve ser concebido através de um processo gradual de interferência dos genitores na vida do filho, em que o alcance dos poderes-deveres, que compõem o cuidado parental, devia ir reduzindo.

Nesse sentido, a autoridade parental só deveria atuar, ou atuar parcialmente, quando o filho menor de idade não tivesse condições psíquicas para tomar decisões referentes à sua vida, pois se deve levar em consideração a condição que lhes é peculiar e o déficit de discernimento, o que lhes favorece uma tutela especial²⁹.

O limite para a autonomia da criança e do adolescente não deverá ser, necessariamente, a autoridade parental, mas sim, o seu grau de discernimento, conforme o posicionamento de de Ana Carolina Brochado: “deve-se buscar o equilíbrio entre o modelo de vida dos pais e as peculiaridades inerentes à personalidade dos filhos”³⁰. Dessa forma, torna-se possível perceber que o exercício de direitos de personalidade inerentes ao direito, para o livre desenvolvimento da personalidade, não pode ser posto no mesmo plano em que se encontra o ato de disposição de situação patrimonial.

Se a decisão dos pais envolve o exercício de direitos de personalidade, que exige um exercício consciente de um direito de liberdade, em que se deve haver uma apuração do discernimento da criança e do adolescente, este processo dever ser feito caso a caso³¹. Todavia, entende-se que existe a necessidade de se definir critérios objetivos, como a idade, já que no Direito, sob pena dos parâmetros hermenêuticos que se estabelecem neste presente estudo, não tem

29 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional: a polêmica gradualidade do seu exercício. In: **Direito da família e sucessões**, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tertuce, José Fernandes Simão (coord.). São Paulo: Método, 2009, p. 341.

30 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 338.

31 Nesse sentido, Teixeira afirma que não é possível conceber um tratamento de massa para uma realidade diversa de cada pessoa: cada um amadurece de forma quantitativa e qualitativamente diferente. *Ibid.*, p. 341.

aplicação prática. Assim, além da verificação do grau de discernimento, deve ser levada em conta a idade da criança, do pré-adolescente e do adolescente³².

Diante do exposto, na medida em que o cuidado parental não deve ser entendido como limitação dos direitos fundamentais dos filhos, ao contrário: a relação entre pais e filhos deve ter um espaço propício para a organização da proteção e para o desenvolvimento da personalidade do filho. Assim, a única concepção que se entende possível é a que interpreta a autoridade parental como um processo de gradual interferência dos pais na vida dos filhos, em constante busca de realização de seus interesses³³.

Conclusão

Este artigo cuidou da responsabilidade parental funcionalizada do desenvolvimento da liberdade da personalidade da criança. As responsabilidades parentais, como visto, ainda são, arcaicamente, chamadas de poder familiar em nossa legislação, assumindo uma nova configuração somente após o advento da Constituição Federal de 1988, com a consagração da dignidade humana como critério axiológico do nosso ordenamento. Assim, o antigo pátrio poder deu lugar ao poder familiar.

Todavia, essa mudança não foi suficiente, pois o ranço patriarcal de poder dos pais sobre os filhos ainda permanece. De certo que o processo de repersonalização das famílias, funcionalizou a família no afeto, sendo esta um espaço de desenvolvimento da personalidade das crianças e, assim, integralizar os seus direitos.

Dessa forma, ao longo desse artigo, debateu-se a respeito da determinação de cada fase da vida da criança e do adolescente, e em que medida a sua autonomia é delimitada quando confrontada com a autoridade parental. Como solução, verificou-se a necessidade, não só de um critério biológico, mas, que também, a maturidade e discernimento do menor fossem considerados.

32 O artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 assegura à criança o direito a expressar a opinião no que tange aos assuntos relacionados, em que se deve levar em conta sua idade e sua maturidade.

33 Nesse sentido, MARTINS, Rosa (**Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 229) compreende que a progressiva redução da extensão dos poderes-deveres que integram o cuidado parental é "a melhor forma de conseguir o justo equilíbrio das exigências de heterodeterminação e autodeterminação".

Observou-se que a fixação de idades em que se concederá autonomia ao menor de idade é uma questão bastante delicada, tendo em vista que o desenvolvimento da personalidade nem sempre coincide com a idade da criança. De certo que a criança possui uma capacidade de agir limitada, todavia é possível reconhecer a capacidade para certos atos, e fixar idades, desde que se tenha em vista o seu desenvolvimento psíquico.

A autonomia da criança somente poderá ser considerada razoável, se sua concessão estiver vinculada a sua maturidade, a seu juízo e ao seu discernimento, salvo nos casos em que oferecem dúvidas, como uma criança que tem somente três anos de idade. Nos casos em que não há dúvidas, sua autonomia é determinada pela sua atitude psíquica, intelectual e volitiva, e pela sua capacidade para compreender o alcance e as consequências de seus atos, com o autocontrole de sua vontade, o suficiente para assumir o julgamento ou desistir da decisão correspondente, em cada caso concreto, segundo sua apreciação das consequências. Hernandez denominou isso de capacidade de discernimento natural³⁴. No entanto, verifica-se que o discernimento da criança e do adolescente será melhor avaliado, no caso concreto, de maneira a determinar se eles possuem condições de compreender as consequências e o alcance de sua decisão ou de controlar sua vontade.

Assim, considera-se essencial a participação do menor na determinação de seu interesse, levando-se em conta seu discernimento. Como verificado, deve-se inferir a idade mental ou o desenvolvimento psíquico do menor, mais que a sua idade cronológica. Todavia, a constatação do discernimento envolve valorações que deixa, nas palavras de Hernandez, “tudo muito relativo”³⁵.

Por isso, fixar idades, além de trazer segurança jurídica, torna-se, pelos motivos expostos, necessário. Nesse sentido, adotar-se-á a classificação estipulada por Rosa Martins, em que se consideram infantes os que não tiverem completado sete anos, os pré-adolescentes, os que tiverem completado os sete anos, mas ainda não tiveram completado os catorze anos de idade, e os adolescentes que tiverem completado catorze anos e ainda não completado dezoito anos³⁶. Assim, na concepção da referida autora, o infante será ouvido,

34 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El interés del Menor*. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 181.

35 *Ibid.*, p. 297.

36 MARTINS, Rosa. *Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 42.

o pré-adolescente participará do processo de decisão, e o adolescente terá sua decisão autônoma respeitada.

Desta feita, como já ventilado, sendo as responsabilidades parentais veículos de instrumentalização de direitos fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade, só resta aos pais conduzir seus filhos a uma autonomia responsável, promovendo o seu pleno desenvolvimento, em todos os aspectos de sua personalidade, criando maiores espaços de autodeterminação, para eles.

Referências

ALEXANDRINO, Jose de Melo. **Direitos Fundamentais** – Introdução Geral. Estoril: Principia, 2007.

ALEXANDRINO, Jose de Melo. Os Direitos das crianças linhas para uma construção unitária. **Revista da ordem dos advogados**. Ano 68, I, Lisboa, p. 275-309, jan., 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. **A criança e a família: uma questão de direito(s)** – Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens. Coimbra: Coimbra, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1436401 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasília, DF, 02 de fev. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+parental&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós** – Estudos sobre o Direito das pessoas. Lisboa: Almedina, 2004.

CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas, novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações, in Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interes del Menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (Coord.). **Direito da família e sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Cord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra, 2008.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SOTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional: a polêmica gradualidade do seu exercício. In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (Coord.). **Direito da família e sucessões**. São Paulo: Método, 2009. p. 17-39.

VILLELA, João Batista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

INTERNACIONAL

A geometria da arbitragem internacional nos novos acordos comerciais da União Europeia

The geometry of international arbitration in the new european union's trade agreements

Lucila Vilhena

Resumo: Este trabalho visa estudar a geometria da arbitragem internacional nos novos acordos comerciais preferenciais da União Europeia, sobretudo, aqueles que vêm sendo considerados como “os acordos de nova geração”, nomeadamente, e com mais destaque, o TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) entre a União Europeia e os Estados Unidos e o CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) entre a União Europeia e o Canadá, bem como, entender esse novo modelo de arbitragem que vem sendo desenhado, desde a aprovação do CETA.

Palavras-Chave: Arbitragem internacional. Investimento. Acordos Comerciais Preferenciais.

Abstract: This paper aims to study the geometry of international arbitration in the new regional trade agreements of the European Union, especially those that are considered as "new generation agreements", in particular, and more prominently, the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between The European Union and the United States, and the CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) between Canada and the European Union, as well as to understand this new model of arbitration that has been designed since its adoption.

Keywords: International Arbitration. Investment. Regional Trade Agreements.

Introdução

Nos dias atuais a arbitragem privada tem recebido muitas críticas tanto da sociedade civil como de alguns especialistas no assunto. Sua credibilidade e imparcialidade são constantemente questionadas. Tal realidade, fez com que a União Europeia recuasse na implementação do sistema ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) no acordo CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) com o Canadá, gerando um grande impasse nas negociações do outro acordo, objeto de estudo: o TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) com os Estados Unidos, pois, este Estado, claramente favorável àquele sistema, dificilmente abrirá mão de utilizá-lo como meio de proteção ao investidor.

Hoje, é certo que o impasse nas negociações do TTIP vai muito além do tema da arbitragem internacional, já que faz parte da política econômica e das relações internacionais do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, diminuir a velocidade das negociações de alguns acordos, e, notadamente, deste em questão; ou até mesmo freá-las completamente, como foi o caso do acordo *Transpacific* ou TPP de quem os Estados Unidos, outrora, fizeram parte.

Nesse cenário, União Europeia, Canadá e Estados Unidos, saem na frente sobre a concretização de um “novo” sistema de solução de controvérsias em matéria de investimento estrangeiro, tentando aliar a proteção ao investidor, e consequentemente, o incentivo ao investimento, à celeridade inerente a esse tipo de litígio, e, sobretudo, à proteção aos direitos sociais, como demanda maior da sociedade.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar os argumentos favoráveis e contrários a inclusão da arbitragem, como meio de solução dos conflitos advindos daqueles acordos, tanto em matéria comercial como de investimentos, e entender o porquê de tantas críticas por parte da sociedade. Como objetivo secundário, pretende-se analisar a resposta dada pela União Europeia a essas críticas, qual seja a mudança de um sistema já consolidado, em matéria de conflitos sobre investimentos, por outro ainda, com *design* indefinido.

Sobre a metodologia aplicada neste estudo, é importante frisar que a pesquisa científica objetiva, fundamentalmente, contribuir para a evolução do conhecimento humano em todos os setores,¹ e desse modo, exige a aplicação

1 MEDEIROS, Carlos Henrique; MANHÃES, Fernanda Castro; KAUARK, Fabiana da Silva. *Metodologia da Pesquisa: um guia prático*. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

de metodologias e técnicas apropriadas na sua execução. Nessa perspectiva, o método científico é compreendido como sendo o conjunto de processos ou operações que se devem empregar em um estudo acadêmico, sendo adotada uma linha de raciocínio no processo de pesquisa².

Assim sendo, o método dedutivo é compreendido por um raciocínio que tem como objetivo, explicar o conteúdo das premissas por meio de uma cadeia racional em ordem decrescente, de análise do geral para o particular, chegando a uma conclusão. Desse modo, será utilizado esse método por intermédio de levantamentos bibliográficos e documentais, nas perspectivas histórica, legislativa e jurisprudencial.

No que diz respeito ao método indutivo, tem-se como pressuposto que o conhecimento é fundamental na experiência, não levando em conta princípios pré-estabelecidos. Logo, neste raciocínio a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta, sendo as constatações particulares que levam à elaboração de generalizações. Nesse diapasão, através da análise de casos concretos, as conclusões serão ilustradas.

1. A arbitragem nos contratos de investimento

A origem da arbitragem, nos contratos bilaterais de investimento, remonta à necessidade histórica de proteção ao investidor estrangeiro e a garantia de um tratamento justo e equitativo, concedido a ele, face ao investidor nacional, a exemplo da garantia contra expropriações arbitrárias, sobretudo, devido ao caráter de uma atividade de risco, típica dos investimentos³.

Historicamente, a regulação global do direito internacional do investimento e do direito internacional em matéria comercial, está diretamente relacionada. Porém, após a segunda guerra mundial, precisamente, seus caminhos começaram a se distanciar. Seguindo por caminhos opostos, o comércio logrou êxito, desde logo, numa multilateralização das relações comerciais, ainda que com grandes ondas de regionalismo, optando por um sistema permanente de

2 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

3 MENKES, Jerzy; STOK-WÓDKOWSKA, Magdalena. Challenges of Investor-State Dispute Settlement Mechanism in TTIP. Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Páginas 362 a 379. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 364.

solução de conflitos, em âmbito multilateral; enquanto que o investimento direto estrangeiro percorreu um caminho que o levou a regulação de um sistema *ad hoc*, de solução de controvérsias, de maneira direta entre o investidor e o Estado, desmembrada em mais de 3.500 contratos bilaterais que tem lugar em uma infinidade de organismos internacionais⁴.

Apesar dessas divergências aparentes, o que se nota, sobretudo, com o advento das negociações de acordos megarregionais – TTIP e CETA incluídos – é cada vez mais, a presença de capítulos sobre investimento. Porém, não é, necessariamente, uma vantagem no ponto de vista do direito internacional, pois o fato é que os capítulos que tratam de investimento, nesses acordos, geralmente permanecem separados do restante do corpo do documento, com pouca ou nenhuma referência para outras seções do mesmo, e ainda, preveem regras e procedimentos distintos sobre solução de controvérsias em matéria de investimento.

A divergência entre as regras para a solução de controvérsias, nos leva a um problema atual: o da sobreposição de matérias. Isso significa que o mesmo caso poderia ser pleiteado, simultaneamente, em duas disputas distintas, à luz do mesmo acordo comercial. O que a doutrina tem entendido é que se deve recorrer a uma interpretação independente dos diferentes capítulos do acordo, contrariando a lógica de uma interpretação sistemática pregada pelo direito internacional. Sendo assim, quando houver litígio sobre investimento resultante dos novos acordos comerciais, esse deverá ser resolvido à luz de uma proteção ao investimento como se os acordos fossem independentes, uma vez que a matéria é tratada em capítulo em separado e com regras específicas, ou seja, diferentes das do restante do documento. Assim, reitera-se que a independência das matérias, além de dificultar a solução da controvérsia, caminha na contramão da lógica sistemática de interpretação do direito internacional.

Contudo, um dos objetivos dos acordos de investimento é proteger o investidor estrangeiro face a danos sofridos pelo descumprimento de uma obrigação por parte do Estado receptor do investimento, porém, ressalta-se que este não é o único objetivo, como restará claro ao longo do texto. Ainda, o recurso à arbitragem internacional, em detrimento dos tribunais nacionais, por ser matéria estranha a estes, traz a maior garantia de proteção imparcial a direitos, como o Tratamento Nacional e a Cláusula da Nação mais Favorecida. Daí, a grande preferência, nos

4 Para mais dados neste sentido, vide: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/06/adjudicating-international-trade-and-investment-disputes-between-interaction-and-isolation.html>>.

contratos de investimento, à cláusula arbitral como solução de litígios. O que não parece pacífico é tais garantias só terem lugar em países arbitrários e de baixa credibilidade no comércio internacional, já que essa discussão ganhou ainda mais destaque com o advento das negociações do TTIP e do CETA.

2. O caso da União Europeia

Em âmbito europeu, o Tratado de Lisboa introduziu a competência para negociar e concluir tratados internacionais de investimento, sob a competência exclusiva da União, conforme o artigo 207, número 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o que permitiu aos Estados-membros e aos investidores particulares serem beneficiados pelo enorme poder de barganha de que goza a EU, perante seus parceiros comerciais. Ainda não está esclarecido, se a competência para celebrar acordos dessa natureza, quando se trata de investimento “indireto” estrangeiro, é ainda exclusiva da União, uma vez que o artigo 207 do Tratado de Funcionamento da União Europeia refere-se claramente apenas ao investimento direto. Porém, uma vez que o investimento indireto afeta o fluxo de capital na União, e diante da leitura do artigo 63, número 3 do TFUE que proíbe as restrições aos movimentos de capitais tanto entre os Estados-membros como entre estes e países terceiros, para Dário Moura Vicente⁵, o fim da controvérsia virá apenas da análise da situação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Já para Maria João Palma⁶, o investimento indireto (ou de *portfólio*) será uma competência partilhada entre a União e os Estados-membros.

Diante da nova competência para a celebração de acordos internacionais, em matéria de investimento direito estrangeiro, há ainda um detalhe especial a respeito dos antigos acordos bilaterais sobre esta matéria, celebrados antes do Tratado de Lisboa, entre Estados-membro da UE e terceiros Estados: a União aprovou regras precisas que disciplinam a sucessão dos antigos acordos celebrados

5 VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. In: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263.

6 PALMA, Maria João. A Nova Política Europeia de Investimento Decorrente do Tratado de Lisboa – O Regulamento Grandfathering e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 83-110, 2015, p. 92.

por um Estado-membro e os novos, celebrados pela União, no Regulamento (UE) n.º 1219/2012, de 20 de dezembro de 2012, a conhecida cláusula *Grandfathering*. Este Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento, celebrados entre os Estados-membros e países terceiros já existentes, protegendo-os perante a ausência de um regime de *phase-out* previsto no Tratado de Lisboa⁷.

Contudo, apesar de favorável, de uma maneira geral, a adoção de um sistema arbitral nos moldes do ISDS ou ICS (*Investment Court System*), a União Europeia, desde muito tempo, vem demonstrando preocupação em clarificar e dar mais transparência às regras de um sistema arbitral compatível com as normas e os valores da União.

Como pode-se perceber, da leitura da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões de sete de julho de 2010, intitulado “Rumo a uma política europeia global, em matéria de investimento internacional”⁸, que apesar de reconhecer o sistema ISDS como essencial para encorajar o investimento estrangeiro e fortalecer a economia, realça-se a necessidade para o aumento da transparência, consistência e previsibilidade do sistema.

Já para o Parlamento Europeu, na Resolução de seis de abril de 2011 sobre a futura política europeia em matéria de investimento internacional⁹, devem ser feitas mudanças no regime do ISDS, a fim de trazer mais transparência e uma maior garantia de observância a um devido processo legal.

3. O *Investor-State Dispute Settlement*

O *Investor-State Dispute Settlement* é o sistema de solução de litígios, em que um investidor estrangeiro demanda o Estado receptor de seu investimento, por violação

7 PALMA, Maria João. A Nova Política Europeia de Investimento Decorrente do Tratado de Lisboa – O Regulamento *Grandfathering* e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 83-110, 2015, p. 150.

8 Para mais informações a esse respeito, consultar Documento COM (2010)0343, disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/PT/1-2010-343-PT-F1-1.Pdf>>.

9 Para mais informações a esse respeito, consultar Documento (2010/2203 (INI)), disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-20110141+0+DOC+PDF+V0//PT>>.

de uma obrigação contida em um contrato bilateral dessa natureza, sobretudo, se tratar-se de uma obrigação de proteção do investimento, celebrado entre eles.

Apesar de, apenas recentemente, ter ganhado destaque no cenário internacional, devido às negociações do TTIP, o sistema de arbitragem Investidor-Estado não é algo novo em nossa história, pois, ele é utilizado no comércio internacional, desde a queda do comunismo, quando os acordos internacionais, com vistas à captação de investimento estrangeiro cresceram vertiginosamente, como afirmam Thomas Dietz e Marius Dotzauer¹⁰. Por se tratar de um sistema de solução de controvérsias, típico dos acordos bilaterais de investimento, nada mais comum que fosse discutido no âmbito do TTIP, acordo que visa substituir os vários contratos bilaterais celebrados entre Estados-membros da União Europeia e os Estados Unidos¹¹.

Esse recente interesse pelo sistema ISDS se deu, sobretudo pela dimensão do acordo que está para ser celebrado entre os Estados Unidos e a União Europeia (isso se as negociações voltarem a avançar, após a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos) e pelo impacto que causará nos investimentos desses dois blocos. Dietz e Dotzauer¹² afirmam que o TTIP será a oportunidade de tornar claras as regras sobre a arbitragem internacional, no que se refere aos investimentos estrangeiros, trazendo mais confiança ao tema. Esse será, portanto, o novo paradigma adotado no futuro próximo, daí tanta importância e tanto interesse pela matéria.

O *design* do ISDS gera competitividade entre diferentes atores, públicos e privados, considerando o fato de eles terem interesses e investimentos contrapostos. Para aqueles autores, toda a polêmica gerada em torno da matéria se deve ao fato de se ter “politizado” a arbitragem internacional, no que diz respeito aos investimentos, quando a arbitragem é um mecanismo, puramente, técnico para a solução de controvérsias advindas de um acordo. É essa “politização” se dá tanto em um ponto de vista horizontal, em que os críticos e os grupos de interesse elencam os riscos, vantagens e desvantagens desse

10 DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations. *ZenTra Working Papers in Transnational Studies* no. 48. Universitat Bremen, 2015.

11 FERREIRA, Ricardo Nascimento. A “Judicialização” do Sistema ISDS no TTIP. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 111-149, 2015, p. 112.

12 DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations. *ZenTra Working Papers in Transnational Studies* no. 48. Universitat Bremen, 2015.

sistema¹³, quanto numa dimensão vertical, em que o Estado luta para equilibrar a soberania nacional por um lado e a condução da política econômica mundial por outro (no caso das superpotências envolvidas no TTIP e no CETA)¹⁴.

Na doutrina, um grande entusiasta do sistema ISDS é o professor Dário Moura Vicente, que o considera um grande avanço e que permite que o investidor apresente, diretamente, ante uma jurisdição neutra e independente, uma reclamação contra um Estado violador de uma obrigação contratual, sem precisar recorrer a sua justiça interna, e assim, “despolitizar” as disputas sobre investimento, e fugir da hipótese, também política, de proteção diplomática¹⁵.

Porém, o entendimento do autor supracitado não é unânime, como se nota sobretudo, entre os agentes políticos europeus. Outros autores já citados: Thomaz Dietz e Marius Dotzauer publicaram, em fevereiro de 2015, um trabalho eminentemente empírico, em que entrevistaram uma série de especialistas e participantes ativos nas negociações do TTIP, tanto pelo lado europeu quanto norte-americano, para saber o porquê, primeiramente, da demora em chegar-se a um consenso sobre o tema do ISDS, e ainda, o motivo da “politização” desse sistema, que para os autores é latente nas negociações. O resultado apresenta as mais diversas opiniões, dentre as quais, os próprios autores destacam um ponto de vista contrário à implementação do sistema de arbitragem privada: a de que o sistema é pouco democrático, pouco transparente e favorece uma parcela pequena da população, sobretudo, aqueles que farão dos conflitos investidor-Estado, um verdadeiro negócio com alto poder de litigância.

Em relação à falta de transparência desse sistema, destaca-se a Resolução das Nações Unidas de número 68/109, de 16 de dezembro de 2013¹⁶, a chamada *The United Nations’s Resolution on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* que reconhece o valor da arbitragem como método de solução de

13 Os autores em epígrafe citam alguns críticos que dizem que os Tribunais Arbitrais são vistos como “*instrumentos que estabilizam o poder ideológico do neoliberalismo e seus defensores*” (DIETZ; DOTZAUER, 2015, p. 4).

14 “*Arbitral Courts are institutions with delegated authority that help powerful actors to order the world economy*”. (DIETZ; DOTZAUER, 2015, p. 21).

15 VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. *Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments*. In: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263, p. 248.

16 Para um estudo mais aprofundado, consultar: www.un.org

disputas sobre investimento, mas, que também reconhece a necessidade de maior transparência, do sistema, em homenagem ao forte interesse público envolvido. Nessa seara, em 10 de dezembro de 2014, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução número 69/116¹⁷ que adotou a Convenção sobre Transparência nos Tratados de Arbitragem entre Investidor e Estado, que determina entre outros aspectos, a observância das regras sobre transparência da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), ainda que as disputas não tenham sido iniciadas sob o sistema dessa Organização.

Outra crítica indicada na pesquisa, daqueles investigadores, é a de que a soberania dos Estados estaria ameaçada, uma vez que ele não seria o responsável pela tomada de decisões, no que concerne às reclamações dos investidores. Se por um lado, um investidor poderá usar de novas regulamentações emanadas pelo Estado para litigar perdas de investimento, leia-se: normas laborais, ambientais, etc., que por sua vez serão pagas com dinheiro do contribuinte; por outro lado, o Estado pode se abster de formular novas regulamentações, deixando assim, de beneficiar a sociedade em geral, devido a ameaça de eminentes reclamações. Ademais, a parcialidade desse sistema de solução de controvérsias pode ser posta em causa, tendo em vista que os árbitros são geralmente escolhidos e pagos caso a caso.

Em outra ótica, especialistas favoráveis a implementação do sistema ISDS no TTIP, afirmam que a arbitragem privada é quem está em maiores condições de garantir os direitos e interesses dos investidores e dos Estados, dentro de um acordo de investimento específico, já que estão mais próximos, tanto da legislação geral do direito internacional, quanto da específica daquele acordo, do que os Tribunais nacionais de cada Estado, o que traria maior justiça na solução do litígio. Ademais, a arbitragem internacional, há muito tempo não é considerada apenas um mecanismo de proteção dos particulares contra as arbitrariedades dos Estados, o que ficou bastante evidente com as negociações do TTIP, entre duas das economias mais desenvolvidas do cenário mundial.

Outro estudo importante, e que traz outras opiniões acerca dos benefícios do sistema ISDS no TTIP, é o da Professora Freya Baetens, publicado, simultaneamente, pelo *Centre for European Policy Studies* e o *Center for Transatlantic Relations* de Washington, em março de 2015¹⁸. Essa autora, ao

17 Também pode ser consultada em: www.un.org

18 BAETENS, Freya. *Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitche and Yackee*. CEPS-CTR project “TTIP in The Balance”, CEPS Special Report no. 103, paper no. 4, março, 2015.

comentar como é benéfica a proteção especial que gozará o investidor norte-americano na União Europeia, em face do sistema ISDS, justifica sua afirmação com estatísticas sobre as causas levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que mostram que países como: Itália, Alemanha e França são violadores reiterados do art. 6º. da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que trata do direito como um processo equitativo, o que, nesse caso, demonstra que mesmo em países extremamente desenvolvidos, o sistema jurídico pode deixar a desejar, pelo menos no ponto de vista da celeridade, sendo, portanto, segundo a autora, um dos grandes motivos que fazem os investidores privados preferirem a solução de controvérsias, através da arbitragem internacional, que certamente, lhes favorece nesse sentido.

Dário Moura Vicente,¹⁹ ainda, destaca as vantagens da arbitragem, sobretudo, nos acordos bilaterais de investimento que visam assegurar, por exemplo: a proibição de expropriação ou nacionalização de empresas sem adequada compensação, a obrigação de um tratamento justo equitativo ao investidor estrangeiro e a proibição de medidas arbitrárias e discriminatórias, dentre outras, o que facilita o entendimento do motivo pelo qual esse tipo de arbitragem é mais comum em contratos de investimento, e em países com pouca credibilidade internacional, já que a probabilidade de nacionalização de uma empresa norte americana, por algum país da União Europeia, por exemplo, seria impensável.

Mais uma grande vantagem desse modelo é não haver necessidade de esgotamento de todos os mecanismos internos, segundo as regras do direito internacional geral, para que, só assim, o investidor possa recorrer a arbitragem internacional, a despeito do que orienta o Parlamento Europeu em sua Resolução de 6 de abril de 2011²⁰, para quem seria indispensável a inclusão dessa necessidade no sistema arbitral de investimentos.

19 VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. In: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263; p. 248.

20 Para maior profundidade no estudo, consultar o Documento (2010/2203 (INI)), disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//PT>

4. Do ISDS ao ICS e além

A solução para o problema da arbitragem internacional, em matéria de investimentos, não está, necessariamente, em abandonar o sistema do ISDS, mas sim, em reformá-lo gerando mais confiança e transparência. Dário Moura Vicente²¹ sugere, por exemplo, a maior definição dos conceitos de investimento, de investidor, de tratamento justo e equitativo, de expropriação indireta, etc., bem como, a adoção de uma espécie de código de ética da arbitragem, assegurando sua independência e imparcialidade.

Após as críticas sofridas pelo sistema ISDS, nas negociações dos acordos CETA e TTIP, o que se vê com a adoção do texto daquele acordo, e o que muito provavelmente vai ser seguido, por este último, é que a presença de um novo modelo, qual seja o do ICS (*Investment Court System*), de Tribunal Internacional *ad hoc* com juízes permanentes e regras mais claras e transparentes que favoreçam pequenas e grandes empresas de maneira igualitária.

Porém, a tendência, como mostra a Comissão Europeia em seus anúncios, é a de criação de um mecanismo multilateral, permanente e institucionalizado, com 15 juízes nomeados pelas partes, sendo eles: cinco nacionais, de Estados da União, cinco nacionais, dos outros membros do acordo e outros cinco, de Estados terceiros, com a possibilidade de haver recursos das decisões para um Tribunal de Recurso composto por seis juízes (dois nacionais da UE, dois de outros membros e dois de Estados terceiros), o que se assemelha aos sistemas jurídicos nacionais das regiões envolvidas. Esse Tribunal permanente, aplicará apenas o direito previsto no acordo em questão, seguindo as regras e princípios comuns do Direito Internacional Público, o que se assemelhando-se a um Tribunal Internacional, bem como, observará exigências de elevada qualificação técnica e jurídica, na nomeação dos juízes e sujeitará os mesmos à regras éticas estritas. A Comissão manifesta, expressamente, o seu empenho junto com o Canadá, na criação desse Tribunal de Investimento Internacional que substituirá todos os sistemas de resolução de litígios previstos em tratados de investimento a nível internacional²².

21 Ibidem, p. 260.

22 FERREIRA, Ricardo Nascimento. A “Judicialização” do Sistema ISDS no TTIP. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 111-149, 2015, p. 118.

Para Ricardo do Nascimento Ferreira,²³ essa proposta da Comissão surge em paralelo com o relatório sobre investimento mundial da *United Nations Conference on Trade and Development* de 2015, que recomendou uma reforma do regime internacional de investimento e sugeriu que a criação de órgãos permanentes, de natureza judicial, serviria para ultrapassar a crise de legitimidade do sistema arbitral ISDS.

Dessa forma, restas saber se o novo modelo de solução das controvérsias, em matéria de investimento, uma vez que se afasta da arbitragem privada e se aproxima dos Tribunais estaduais, trará maior confiança e credibilidade, pois, o sistema arbitral, apesar de suas falhas, vem sendo satisfatório ao longo de sua história. Ademais, apesar da manifestação da Comissão Europeia a favor da migração para um sistema judicial permanente, em matéria de investimento, ela não abandona a aplicação, nesse novo sistema, das regras arbitrais de transparência da UNCITRAL²⁴, seria, portanto, a proposta da Comissão uma espécie de sistema híbrido?

O fato é que a grande vantagem da arbitragem é, precisamente, ser diferente das jurisdições nacionais, sobretudo, em matéria de celeridade e eficiência. Portanto, não é bom que se assemelhem, sob pena de perder todo o sentido inerente e necessário ao setor do investimento: a rápida solução da controvérsia. Além disso, de qualquer forma, se os árbitros forem escolhidos, segundo critérios sérios e éticos, não há porque não atribuir sucesso ao sistema arbitral.

Conclusão

A grande questão é saber se Tribunais Arbitrais, de natureza privada, são as instituições mais recomendadas para solucionar conflitos, do tipo investidor-Estado, sob vários ângulos, nomeadamente: a soberania, a proteção aos interesses públicos, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, etc. Porém, em um sistema de solução de controvérsias, cuja fonte é um tratado internacional de investimento ou, puramente, comercial que traz obrigações as quais o Estado deve observar e prevê punições quando de sua inobservância,

23 Ibidem, p. 123.

24 Ibidem, p.120.

há um componente do direito internacional público bastante latente, portanto, o sistema de arbitragem internacional nesses casos, não é puramente privado.

A despeito das críticas feitas em relação ao posicionamento do sistema arbitral, não é certo que ele faz prevalecer os interesses do investidor estrangeiro, em detrimento dos interesses do Estado, como mostra o *World Investment Report*²⁵ que até 2013, 43% dos casos estabelecidos foram decididos em favor do Estado, contra 31% em favor dos investidores, e 26% permaneceram confidenciais.

Discutir esses assuntos, numa realidade de Europa integrada econômica e politicamente, é ainda mais delicado porque o problema da soberania dos Estados europeus, sobretudo, após o Tratado de Lisboa e do *Brexit*, apesar de aparentemente superado, é ainda atual, diferentemente da realidade norte-americana ou canadense, em que esse discurso parece não ter lugar, pelo menos nessa dimensão.

Por tudo isso, a existência dos Tribunais Arbitrais do sistema ISDS, representam um desenvolvimento natural, em decorrência do estreitamento das relações econômicas na atualidade, e para funcionar, também, em países com economias extremamente desenvolvidas, é preciso que haja muita clareza em suas regras. Ou seja, é necessário que algumas indagações sejam respondidas, como: o que é perda de investimento? É razoável indenizar um investidor que perdeu investimentos devido a uma nova lei emanada por um Estado que melhorou a vida de milhares de cidadãos? É preciso que o Tribunal funcione com a credibilidade de um Tribunal público de qualquer nação democrática, visando à justiça e a imparcialidade, porém, sem necessariamente, perder as características inerentes da arbitragem privada, quais sejam: a celeridade e o incentivo ao investimento.

Nos casos do TTIP e do CETA, se o acordo prevê a proteção de um direito, ele deve prever, igualmente, os remédios que combatam a violação desse direito. Certamente, os primeiros casos para solucionar deste tipo de controvérsias, serão de difícil solução; mas, na medida em que o sistema for amadurecendo e sua jurisprudência for se formando, as regras vão ficando cada vez mais claras, e um acordo celebrado entre as maiores potências econômicas mundiais será uma oportunidade de debate e de definição dos *standards*, para as futuras relações econômicas, o que trará maior credibilidade ao sistema.

Tantas dúvidas e receios são comuns e acontecem com qualquer novo instituto jurídico que surja. Nesse sentido, a doutrina tem papel de suma importância para

25 UNCTAD. *World Investment Report 2014*. Genebra: United Nations, 2014, p. 126.

ajudar na formação e esclarecimento desse novo instituto. Assim, certamente, um mecanismo de arbitragem, ainda que com a figura do ISDS, é mais viável e de menor custo do que a implementação de um Tribunal permanente, cuja função seria solucionar os litígios trazidos pelas partes de um acordo comercial preferencial, como foi debatido na Conferência de Bruxelas em 2014²⁶.

Finalmente, não se torna evidente que um Tribunal do TTIP/CETA funcionaria melhor que um Tribunal Arbitral, e se o grande objetivo é proteger o investidor, estimulando-o a investir no estrangeiro, nada mais adequado do que um sistema justo e célere, como a arbitragem privada.

Referências

BAETENS, Freya. Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee. **CEPS-CTR project “TTIP in The Balance”**, CEPS Special Report no. 103, paper no. 4, março, 2015.

DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations. **ZenTra Working Papers in Transnational Studies** no. 48. Universitat Bremen, 2015.

FERREIRA, Ricardo Nascimento. A “Judicialização” do Sistema ISDS no TTIP. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, 2015, p. 111-149.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

MEDEIROS, Carlos Henrique; MANHÃES, Fernanda Castro; KAUARK, Fabiana da Silva. **Metodologia da Pesquisa: Um Guia Prático**. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

MENKES, Jerzy; STOK-WÓDKOWSKA, Magdalena. Challenges of Investor-State Dispute Settlement Mechanism in TTIP. In: VICENTE, Dário Manuel

26 Este tema foi trazido à tona por Poulsen neste conferência, cujo trabalho foi questionado por Baetens no artigo “Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee”, de 2015.

Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 362-379.

PALMA, Maria João. A Nova Política Europeia de Investimento Decorrente do Tratado de Lisboa – O Regulamento Grandfathering e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, 2015, p. 83-110.

UNCTAD. **World Investment Report 2014**. Genebra: United Nations, 2014.

VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. In: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 247-263.

Direito internacional e direito interno:
a Corte Interamericana de Direitos Humanos e
as leis de anistia latino-americanas

International law and national legislation:
inter-american court of human rights
and Latin american Amnesty laws

*Gabriela Natacha Bechara
Horácio Wanderlei Rodrigues
Felipe Pante Lemos de Campos*

Resumo: As relações entre direito internacional e direito interno nunca se fizeram tão presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Não possuindo uma resposta única, a integração entre direito internacional e direito interno deve ser observada caso a caso, uma vez que essa discussão, ainda que, teoricamente, já trabalhada, é relativamente recente quanto aos seus reflexos práticos, principalmente no Brasil. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é o de auxiliar na reflexão do assunto, trazendo como exemplo dois casos de anistia latino-americanas e o cumprimento da sentença na condenação do Brasil, no Caso Araguaia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contraposta à decisão do STF na ADPF nº 153.

Palavras-chave: Processo Internacional. Anistia. Leis de Anistia Latino-Americanas. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: The relations between international law and national law have never been so present in the Brazilian legal system. Not having a single answer, the integration between international law and national law must be observed on a case-by-case basis, since this discussion, although theoretically explored, is

relatively recent in terms of its practical implications, especially in Brazil. In this sense, the purpose of this paper is to assist in the reflection of the subject, taking as an example two cases of Latin American amnesty and the fulfillment of the sentence in the conviction of Brazil in the Araguaia Case by the Inter-American Court of Human Rights, as opposed to the decision of the STF in ADPF n° 153.

Keywords: International Process. Amnesty. Latin American Amnesty Laws. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights.

Introdução

A integração entre o direito internacional e o direito interno apresentar-se como requisito essencial das sociedades modernas, especialmente se é ponderada à luz da existência de conflitos, quando da harmonização de normativas internacionais, com o ordenamento jurídico interno. Ainda, considerando-se a preocupação da comunidade internacional com a proteção aos direitos humanos, a partir do final da segunda guerra mundial,¹ observou-se uma internacionalização dos direitos humanos, derivada da adoção de diversos pactos internacionais de proteção.

Dessa forma, a supramencionada integração possui o condão de ensejar mudanças nos ordenamentos jurídicos internos, como um todo, que passam a considerar as normativas internacionais, por vezes mais atentas ao respeito e a proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, as teorias sobre as relações entre direito interno e direito internacional² são velhas conhecidas dos estudiosos do tema, vez que suscitam grandes e acalorados debates, bem como, divergências

1 A segunda guerra mundial foi um conflito ocorrido entre os anos de 1939 a 1945, que chegou ao fim com a vitória dos Aliados (Estados Unidos, Grã-Bretanha, França, União Soviética e China) sobre as forças do Eixo (Alemanha, Itália e Japão). A guerra ocasionou milhares de mortes, tendo sido responsável, entre tantas outras atrocidades, pelo holocausto e pelo lançamento de bombas atômicas nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, no Japão.

2 Desconsiderando-se as complexidades pertencentes a cada teoria e abordando-as de forma mais didática, pode-se dizer que as mencionadas teorias dividem-se em duas: monista e dualista. A teoria monista considera que os dois sistemas derivam um do outro. Pode-se citar como exemplos de autores dessa corrente, Hans Kelsen, responsável pelo seu desenvolvimento, e seguida pela maior parte da doutrina, como Lauterpacht, Verdross, Hildebrando Accioly, Valladão, Tenório, Vicente Marotta Rangel, Cachapuz de Medeiros, Celso D. Albuquerque de Mello. Por sua vez, a teoria dualista considera que são duas ordens jurídicas distintas, sendo a doutrina de entendimento minoritário, tendo como expoentes Carl Heinrich Triepel, Dionísio Anzilotti, L. Oppenheim, Amílcar de Castro e Francisco Rezek.

doutrinárias e jurisprudenciais que lançam dúvidas e incertezas sobre a forma com que ocorre essa integração.

Com efeito, é justamente com a ascensão e expansão do direito internacional que surge, de forma mais premente, a pauta do conflito entre o direito interno e o direito internacional, cujas relações são questionadas, e por vezes confundem-se, pois, o mesmo fenômeno, ao ser observado por pontos de vista diferentes, pode acarretar em diferentes conclusões.

Feitas essas considerações, o presente artigo tem por objetivo refletir, ainda que de forma breve, acerca da integração entre o ordenamento jurídico nacional e internacional, trazendo como exemplo a questão do cumprimento da sentença da condenação do Brasil no Caso Araguaia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), principalmente quando contraposta a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153-DF (ADPF n.153), que entendeu como válida a lei de anistia brasileira, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Desta feita, faz-se necessário apresentar à referida corte, como parte do sistema regional de proteção aos direitos humanos, dois importantes casos (Barrios Altos e Almonacid Arellano) analisados pela própria Corte e que versam, entre outros assuntos, sobre a questão das leis de autoanistia, a decisão do STF sobre a ADPF n.º 153 e a sentença da Corte no Caso Araguaia e o seu cumprimento, no ordenamento jurídico interno, tecendo-se, após, algumas singelas considerações finais, acerca do assunto.

1. Corte Interamericana de Direitos Humanos

A internacionalização dos direitos humanos, a partir da adoção de pactos internacionais de proteção, vem acompanhada de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, composto por duas vertentes: o sistema global e o sistema regional. O sistema global refere-se aos instrumentos internacionais de proteção da vida humana produzidos no âmbito das Nações Unidas, e apesar de sua importância, não faz parte do escopo do presente trabalho.

Por sua vez, o sistema regional diz respeito à proteção dos direitos humanos no plano regional dos Estados e se encontram em diferentes estágios de desenvolvimento, presentes no continente europeu, americano, africano e árabe. Esses sistemas regionais devem ser acionados por ocasião do esgotamento

das vias internas e nacionais, quando da salvaguarda dos direitos humanos. Segundo Flávia Piovesan:

O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima³.

Assim, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos⁴ é composto pelos estados-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵ que decidem ratificar⁶ a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷, que se constitui como o principal instrumento normativo de proteção aos direitos humanos do sistema interamericano, aprovada na Conferência de San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Essa Convenção, que reproduz, em sua maior parte, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸, entra em vigor em 1978.

O Sistema Interamericano é formado por dois órgãos jurisdicionais, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que atua como instância preliminar, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última é prevista pela Convenção Americana, que entra em vigor em 1978,

3 PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur - Rev. Int. Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, jan. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 jun. 2016.

4 Inter-AmericanHumanRights System (IAHRS) em inglês.

5 A OEA foi criada em 1948 e tem sede na cidade Americana de Washington, contando como estados membros os países que fazem parte do continente Americano. Segundo Malcom N. Shaw, a OEA “baseou-se no trabalho já realizado pela União Pan-Americana e pelas várias Conferências Interamericanas a partir de 1890”. (SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 974)

6 A OEA conta com 34 estados-membros, sendo que a Convenção encontra-se ratificada por 25 desses países. Entre as expressivas exceções, encontram-se países como Estados Unidos da América e Canadá.

7 Segundo Danielle Annoni: “Devido às particularidades dos país da América, principalmente os países da América Latina, os direitos assegurados na Convenção Americana são essencialmente os direitos de primeira geração, àqueles relativos à garantia da liberdade, à vida, o direito à privacidade, os direitos à liberdade de consciência e religião, o direito de participar do governo, o direito à igualdade e o direito à proteção judicial, entre outros”. Essa deficiência vem a ser sanada pelo protocolo de El Salvador. (ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do estado*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 88-89).

8 O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

mas, o seu funcionamento, de forma efetiva, se dá apenas em 1980, ano da emissão de sua primeira opinião consultiva, e somente, sete anos mais tarde, emitiu sua primeira sentença⁹.

A Corte possui duas competências: uma de natureza consultiva e outra de natureza contenciosa. O artigo 62–3 da Convenção prescreve:

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

A competência consultiva diz respeito à interpretação de disposições previstas na Convenção e em Tratados de proteção aos direitos humanos, no continente americano. Por sua vez, a competência contenciosa, de caráter jurisdicional, julga casos concretos que envolvam violações aos direitos humanos, por parte de qualquer um dos Estados que tenha ratificado a Convenção Americana¹⁰.

A CIDH atua como instância preliminar da Corte, que ao receber a petição com a denúncia ou reclamação, irá proferir sentença, que será fundamentada, definitiva e inapelável. A decisão vincula as partes do processo e serve de embasamento jurisprudencial para outros casos similares de violação aos direitos humanos que, ensejem a responsabilização do Estado¹¹.

Desde a sua criação, o sistema interamericano vem passando por mudanças, ganhando força e respaldo, especialmente quando de suas decisões de como lidar com um legado de autoritarismo e violência, sistemática, aos direitos humanos, após os processos de transição democrática na América Latina, com o fim das ditaduras militares que ocorreram nos países do continente.

Nesse sentido, ganham relevo as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos que versam sobre as chamadas leis de autoanistia.

9 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 935.

10 Permitiu-se que a ratificação da Convenção Americana fosse automática apenas para a competência consultiva da Corte, existindo a possibilidade de posterior ratificação, pelo Estado-parte, da competência contenciosa.

11 ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003. p. 106.

2. Casos Barrios Altos e Almonacid Arellano

Antes de abordar os casos Barrios Altos *versus* Peru e Almonacid Arellano *versus* Chile, vale mencionar a sentença proferida pela Corte no caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras,¹² de 26 de junho de 1987, referente ao desaparecimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, forçado pelas forças armadas do Estado de Honduras, em que se solicitou que o governo hondurenho compensasse as vítimas. O caso se originou de uma denúncia feita à Comissão em 7 de outubro de 1981 e foi encaminhado em 24 de abril de 1986, à Corte para julgamento. Em sua sentença, a Corte condenou o Estado de Honduras, em votação unânime, ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em 1981. Essa Sentença não trata sobre leis de autoanistia, mas, estabelece um importante precedente ao impor dever positivo ao Estado de Honduras, que deveria tomar medidas para impedir futuros abusos em direitos humanos, conduzindo investigações, identificando responsáveis e punindo-os, além de compensar as vítimas, esclarecendo o posicionamento da Corte, no sentido de que casos de desaparecimento forçado, constituem crimes contra a humanidade¹³.

O caso Barrios Altos *versus* Peru teve origem em um massacre ocorrido na cidade de Lima, no Peru, na localidade de Barrios Altos, em 03 de novembro de 1991, quando quinze pessoas foram mortas e quatro feridas. Os responsáveis faziam parte da inteligência militar peruana (esquadrão de eliminação chamado “Grupo Colina”) e as vítimas, supostamente, seriam integrantes do grupo “Sendero Luminoso”. Após o massacre, apenas em abril de 1995, as autoridades peruanas iniciaram uma séria investigação, sob pressão da população, ficando na responsabilidade da juíza Antonia Saquicuray que iniciou uma investigação formal. Mas, em junho do mesmo ano, perdeu seu objeto de investigação, uma vez que o Congresso peruano sancionou a Lei n.º 26.479, em 14 de junho de 1995, entrando em vigor no dia seguinte, em 15 de junho de 1995, pois essa Lei concedeu anistia a todos os integrantes das forças armadas e civis que foram objeto de denúncias, investigações, procedimentos, condenações ou que

12 A sentença do caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras encontra-se disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

13 ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: Leigh A. Payne, Paulo Abrão e Marcelo D. Torelly (Eds.). **A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.p. 115.

estivessem cumprindo sentença em prisão, por violações aos direitos humanos cometidas entre os anos de 1980 e 1995.

Todavia, fazendo uso de artigo da Constituição peruana que permitia a não aplicação de artigos de lei que os juízes considerassem que violavam a Constituição, a supracitada juíza emitiu decisão no sentido da não aplicação da lei de anistia no julgamento dos cinco oficiais. Sua negativa provocou investigação por parte do Congresso, que aprovou sua segunda lei de anistia, a Lei n.º 26.492, dirigida especialmente ao caso Barrios Altos. Em 14 de julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima arquivou o caso, que foi apresentado à Comissão em 30 de junho de 1995. Em sentença¹⁴ proferida em 14 de março de 2001, a Corte, sob a presidência do brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, se posicionou claramente no sentido de entender pela incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo palavras do próprio Cançado Trindade:

Na sentença de Barrios Altos de 14.3.2001, sustentou a Corte que as auto-anistias (como as leis peruanas n.ºs. 26479 e 26492), excludentes de responsabilidade por violações graves dos direitos humanos (como a tortura, as execuções sumárias e extralegais, o desaparecimento forçado de pessoas), são inadmissíveis e, ao impedir o acesso das vítimas e seus familiares à verdade e à Justiça, são violadoras dos artigos 1(1), 2, 8 e 25 da Convenção (pars. 41 e 43). Em meu Voto Concordante nessa Sentença, ponderei que a pretendida legalidade no plano do direito interno dessas auto-anistias, ao levarem à impunidade e à injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações de jure dos direitos da pessoa humana, em uma afronta inadmissível à consciência jurídica da humanidade (pars. 5-6 e 26). Ou seja, as leis de auto-anistia estão viciadas de nulidade *extunc*, de nulidade *ab initio*, carecendo, portanto de todo e qualquer efeito jurídico¹⁵.

14 A sentença do caso Barrios Altos encontra-se disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 3jun. 2016.

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O fim das "leis" de auto-anistia*. Correio Braziliense, 2006. Disponível em: <http://www.secom.unb.br/unbclipping2/2006/cp061218-12.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

Por sua vez, o caso *Almonacid Arellano versus Chile* diz respeito ao assassinato do professor chileno Almonacid Arellano, baleado na frente de sua residência e de seus familiares, em 16 de setembro de 1973, devido ao seu envolvimento com o partido comunista do país. Seus familiares deram inícios às ações judiciais pertinentes em 1992, após o término da ditadura militar, no Chile. Porém, não lograram êxito devido a aplicação da lei de anistia chilena, pelos tribunais internos. A demanda foi, então, enviada à Comissão em 15 de setembro de 1998, questionando a validade do Decreto-Lei 2.191/78, de 18 de abril de 1978, que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, alegando falta de investigação e punição dos responsáveis pela morte de Almonacid Arellano, bem como, pela falta de reparação aos seus familiares.

Em 11 de julho de 2005, a Comissão submeteu o caso à Corte, que proferiu sua sentença, em 26 de setembro de 2006, manifestando-se estar de acordo em reforçar o posicionamento adotado na sentença do caso *Barrios Altos*, agregando o argumento acerca da impossibilidade de anistiar crimes de lesa-humanidade. A Corte Interamericana considerou a penalização dos crimes contra a humanidade como obrigatória, tendo em vista o direito internacional, como um todo, sedimentando o entendimento de que as violações graves aos direitos humanos são consideradas imprescritíveis.

O caso *Barrios Altos* revela-se paradigmático, pois, além de ter sido a primeira decisão da Corte acerca das leis de autoanistia, influenciou outros países a tomarem medidas, no sentido de reverem suas leis de anistia e posicionamentos sobre crimes contra a humanidade e a imprescritibilidade desses crimes, podendo-se citar, como exemplo, a Argentina, cuja Corte Suprema fez referência à sentença da Corte Interamericana, para se posicionar no caso *Mazzeo*¹⁶.

3. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153 e a sentença do caso Araguaia: posicionamento brasileiro

Adotando posicionamento diverso do já externado pela Corte Interamericana, o Superior Tribunal Federal (STF), decidiu por sete votos a dois, em julho de

16 Mais informações podem ser obtidas quando da leitura da Sentença da Corte Suprema Argentina, disponível em: <<http://observatoriointernacional.com/?p=1852>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

2010, acerca da ADPF nº 153 interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Sob o argumento da conciliação nacional e do perdão que teria sido promovido à época, os ministros do STF optaram pela interpretação bilateral da Lei n. 6.683/1979¹⁷, Lei da Anistia, decidindo que a anistia conferida pela lei se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes políticos, contra os opositores durante o regime militar.

Todavia, o debate acerca do tema não se encerra, vez que a Corte Interamericana profere sua sentença¹⁸ no Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (Caso Araguaia), em 24 de novembro de 2010, após quase 15 anos do ingresso da petição. O caso, apresentado à Comissão em sete de agosto de 1995 requeria apuração dos atos de violência praticados contra vítimas desaparecidas na região do Araguaia, alegando violações aos direitos humanos protegidos por diversos tratados e convenções, requerendo que a Lei de Anistia não represente mais obstáculo a persecução penal de violações que constituam crimes contra a humanidade e a responsabilização penal, com investigação judicial e publicidade dos resultados, levando em consideração que, tais crimes são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis.

Em sentença robusta, de 126 páginas, após considerar as preliminares e as manifestações das partes, a Corte decidiu que:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil¹⁹.

17 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

18 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

19 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016. p. 65.

Ainda, para a Corte Interamericana, o Brasil:

Descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos²⁰.

Assim, entre as 21 determinações que o Brasil fica obrigado a se submeter, no Caso Araguaia, estão as determinações de revisar ou reinterpretar a lei de anistia produzida pelo regime militar, declarando sua inaplicabilidade, vez que é incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, além de: conduzir, eficazmente, a investigação penal dos fatos ocorridos, realizar todos os esforços para determinar o paradeiro dos restos mortais das vítimas desaparecidas, oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram, publicar a sentença, realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do caso, implementar programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, tipificar o delito de desaparecimento forçados, continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre as violações aos direitos humanos durante a ditadura e indenizar os familiares das vítimas.

Por oportuno, vale ressaltar que a Sentença da Corte Interamericana reveste-se de extrema importância para os familiares e militantes dos direitos humanos, uma vez que a comunidade internacional, embasada nos mecanismos de proteção internacional aos direitos humanos, reconhece a ilegalidade da lei de anistia brasileira.

4. Efeitos da sentença do caso Araguaia no Brasil

Conforme verificado, a Corte Interamericana possui sedimentado o seu posicionamento acerca das leis de autoanistia latino-americanas. Contudo, apesar de conhecer as sentenças nos casos Barrios Altos, Almonacid Arellano e

20 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016. p. 114.

Araguaia, o STF decidiu manter a interpretação dada à lei de anistia brasileira, considerando a mesma válida à luz da CRFB/88. Essa situação levanta discussão acerca da relação entre a jurisdição interna, representada pela decisão do STF e a jurisdição internacional, representada pela Sentença da Corte, no Caso Araguaia, vez que as orientações entram em conflito. Isso, porque se houver a investigação de atos cometidos por agentes estatais no período militar, fere-se o entendimento do STF. Sem embargo, caso a investigação não ocorra, fere-se a sentença da Corte, violando decisão interposta pela ordem jurídica internacional.

Para fortalecer os argumentos apresentados nessa disputa, ressalta-se o esclarecimento feito por Luís Roberto Barroso, de que “A Constituição da maior parte dos países europeus contém regras sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, normalmente no sentido de considerar este último como parte integrante do primeiro”²¹. O atual ministro do STF ressalva, no entanto, que “No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas”²².

Além de críticas, a questão suscita debates acalorados entre os defensores de uma ou outra postura. A princípio, simpatiza-se com o posicionamento de que, como signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 1992, o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Assim, o desrespeito à sentença significaria nada mais do que uma violação à CRFB/88, e não simplesmente, o descumprimento de uma decisão de uma Corte pertencente a jurisdição internacional, sem efeitos práticos internos.

Outrossim, independente de posicionamentos pessoais, torna-se premente a discussão acerca do cumprimento da sentença, por parte do Estado brasileiro, para que a sentença não se revista de importância apenas simbólica. Com efeito, até o momento, a título de cumprimento da sentença, verifica-se que o Estado brasileiro promoveu esforços no sentido de atender a certos dispositivos de sua condenação, principalmente, no tocante a publicação da sentença. Assim, foi criado o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA) para identificar restos dos

21 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

22 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

desaparecidos, conforme a Lei n.º12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade e a Lei n.º12.527/2011, de acesso à informação.

Considerando-se, ainda, os termos da condenação presentes na sentença da Corte, verifica-se que, a manutenção da interpretação bilateral dada pelo STF à lei de anistia brasileira, parece representar óbice inafastável ao cumprimento de todos os termos da sentença, vez que impede o seu pleno cumprimento. Por oportuno, após a publicação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a OAB interpôs embargos de declaração ao STF para que o mesmo se posicione, expressamente, sobre o cumprimento da sentença. Os embargos, contudo, ainda não foram apreciados pelo STF e encontram-se, sob a relatoria do ministro Fux.

Nesse sentido, a interposição dos embargos de declaração, por parte da OAB, significa uma retomada da temática, que terá que ser enfrentada pelo STF, ensejando assim, possibilidade de que haja uma pacificação quanto à posição a seguir, pois a dúvida sobre qual posicionamento deve prevalecer gera insegurança jurídica e reveste-se de óbice para a retomada do processo de redemocratização do país, vez que não respeita sua história e sua memória.

O autor de direito internacional Malcon N. Shaw sustenta que: “Nenhuma teoria desenvolve-se no vácuo; pelo contrário, todas são concebidas e desenvolvidas num ambiente social e cultural definido. Ignorar esse fato equivale a distorcer a própria teoria”.²³

Com esse ensinamento em mente, talvez seja um fator de amadurecimento democrático da sociedade brasileira para que permita uma modificação na postura adotada pelo STF, quanto à lei de anistia brasileira.

Conclusão

Observa-se que a importância de certas questões transcende a esfera internacional, passando a inserir-se no ordenamento jurídico interno, de forma paulatina, mas contumaz, ainda que em algumas ocasiões, sem muitos alardes.

No caso em apreço, as consequências de certas decisões da corte interamericana exemplificam a relevância e a amplitude que perpassam o Direito Internacional, desafiando uma realidade em que a regra parece ser o desrespeito às normas e

23 SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20.

princípios de direito internacional, principalmente, àqueles protetores dos direitos humanos, justificado pelo respeito à soberania estatal.

Outrossim, a sociedade contemporânea faz com que existam numerosos pontos de contato entre as duas esferas, que acabam por, necessariamente, se relacionar, revelando, nessa troca, a existência de uma tendência de abertura do direito constitucional às normas internacionais, oportunizando, ainda que a passos lentos, discussões jurídicas e políticas acerca da tomada de posicionamentos, por parte do ordenamento brasileiro.

Referências

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia. **Caso “Mazzeo”**. Disponível em: <<http://observatoriointernacional.com/?p=1852>>. Acesso em: 15 ago. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 6.683/1979 (Lei da Anistia)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 12.528/2011 (Comissão Nacional da Verdade)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: Leigh A. Payne, Paulo Abrão e Marcelo D. Torelly (Eds.). **A Anistia na Era da Responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 102-119.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 15 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur-Rev. Int. Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, jan. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 jun. 2016.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997):** as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O fim das "leis" de autoanistia.** Correio Braziliense, 2006. Disponível em: <<http://www.secom.unb.br/unbclipping2/2006/cp061218-12.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

A Organização Mundial do Comércio e o Acordo de Facilitação do Comércio: perspectivas de sua implementação junto ao mercado econômico mundial

The world trade organization and the trade facility agreement: prospects for its implementation by the world economic market

Rodrigo Luiz Zanethi

Resumo: O presente artigo busca, ante o mundo globalizado atual, apresentar a importância do comércio internacional para o crescimento constante dos Estados, não só na seara econômica, como, na questão política e social. Para tanto, o incremento econômico deve ser fiscalizado e orientado para o exercício de atos saudáveis e em total consonância, com as práticas justas e corretas estabelecidas no comércio entre as nações. Assim, dessa necessidade de facilitação do tão importante comércio internacional, surgiu o Acordo de Facilitação de Comércio que, felizmente, nasceu do ideal máximo da Organização Mundial do Comércio, qual seja, do comércio livre e justo. E esse comércio livre e justo, trazido pelo mencionado Acordo, supervisionado pela OMC trará, certamente, resultados importantes para o crescimento do mercado econômico mundial, ante todos os números positivos trazidos pelos especialistas e estudiosos do assunto.

Palavras-chave: Globalização. Comércio internacional. OMC. Acordo de facilitação do comércio. Desenvolvimento econômico mundial.

Abstract: This article seeks to introduce the importance of international trade to the steady growth of States, not only in the economic field, as also in the

political and social issue. For both the economic increment must be monitored and oriented to the pursuit of healthy and acts in total consonance with fair and correct practices set out in the trade between the Nations. So, in this need for such important matter, that is the trade facilitation in the world, emerges the Trade Facilitation Agreement which, fortunately, was born of the highest ideal of the World Trade Organization, that is, free and fair trade. And that free and fair trade brought by the mentioned Agreement, overseen by the WTO will bring, of course, important results for the world economic market growth compared with all positive numbers brought by experts and scholars of the subject.

Keywords: Globalization. International Trade. World Trade Organization. Trade Facilitation Agreement. World Economic Development.

Introdução

No Brasil, seus Estados e o Distrito Federal, por uma questão de sobrevivência, devem interagir entre eles e com outros países, na busca de soluções comuns e pacíficas para o desenvolvimento político, financeiro, social e, principalmente, econômico de cada um. Na era da globalização, não há espaços para os Estados se organizarem de maneira hermética, principalmente, no viés econômico, em que a busca pelas trocas comerciais incrementa a atividade produtiva dos países, acarreta a possibilidade de venda de seus produtos, e a conseqüente entrada de capital, o que gera bons frutos para qualquer país.

Assim, torna-se patente que além do comércio nacional, o comércio internacional possui grande impacto na economia de um país, e por isso, todo e qualquer tipo de facilitação a ser aplicado pelos países, sugere incremento na atividade comercial. Através desse intercâmbio, facilmente se extrai vantagens para os atores que dela participam, sejam órgãos públicos, privados ou pessoas. Por isso, deve ser, devidamente, fiscalizado. E ninguém melhor que a OMC (Organização Mundial do Comércio) para ser o órgão responsável pela fiscalização e condução dos países aos meios de facilitação comercial, visando a cooperação, entre os Estados, e influenciando no desenvolvimento econômico mundial, devendo inclusive, se tornar o Acordo de Facilitação do Comércio, um meio de crescimento e desenvolvimento, respaldado pelo órgão máximo de regulação comercial, que seria a OMC.

Assim, este artigo pretende demonstrar, através de estudo qualitativo, desenvolver uma tese sobre a importância do Acordo de Facilitação de Comércio

para o progresso do mercado econômico mundial, assentando pela necessidade de desenvolvimento, constante, do comércio internacional.

1. Organização Mundial do Comércio (OMC) e seu papel formulador do Acordo de Facilitação de Comércio (AFC)

A Organização Mundial do Comércio - OMC, nasceu em 1994, com o fim da Rodada do Uruguai (8ª. rodada do GATT) e a assinatura da Ata final da Declaração Ministerial de Marrakesh, na cidade marroquina de Marrakesh, tendo iniciado suas atividades no dia 01 de janeiro de 1995, como sucessora do GATT (General Agreement Trade and Tariffs). Trata-se de um órgão “member driven”, onde o poder pertence aos membros, e não aos seus dirigentes, e é o principal foro e órgão internacional de regulamentação, defesa e pacificação comercial que, por meio de negociações bilaterais, multilaterais e plurilaterais busca a evolução do comércio internacional, tendo como objetivo a liberalização segura do comércio global, visando o crescimento e o desenvolvimento econômico mundial.

Além disso, como uma herança do GATT, a OMC possui um conjunto de princípios fundamentadores da regulamentação multilateral do comércio, e dentre eles se destacam:

- a. da nação mais favorecida: um membro da OMC deve estender a todos os seus parceiros comerciais, qualquer concessão, benefício ou privilégio concedido a outro Membro;
- b. do tratamento nacional (princípio da não discriminação): pelo qual um produto ou serviço importado deve receber o mesmo tratamento que o produto ou serviço similar, quando entra no território do Membro importador;
- c. da transparência: os membros devem dar publicidade às leis, regulamentos e decisões de aplicação geral relacionados ao comércio internacional, para amplo conhecimento, auxiliando o comércio internacional a se desenvolver de forma segura, em que indivíduos, empresas e governos saibam quais são as regras do comércio, em todo o mundo, de forma transparente e previsível.

Fora esses três princípios basilares, a OMC, de seu sítio eletrônico, defende:

- a. incentivo amplo ao comércio internacional, através da redução de barreiras tarifárias e não tarifárias;
- b. transparência e previsibilidade das empresas;
- c. maior competitividade, desencorajando as práticas "desleais" de comércio internacional, como o subsídio à exportação e ao dumping;
- d. mais benefícios para os países menos desenvolvidos;
- e. por fim, a proteção ao meio ambiente, evitando somente que medidas de proteção ao ambiente possuam caráter protecionista;

A OMC, em sua primeira Conferência Ministerial, a de Singapura (1996), trouxe a baila, a discussão dos, como bem explicitado por Barral¹, “novos temas de comércio internacional”, quais sejam: concorrência, investimentos governamentais e facilitação do comércio, sendo que, nesse último caso, os Estados Membros, durante a mencionada Conferência, se comprometeram a “realizar estudos exploratórios e analíticos, baseados no trabalho de outras organizações internacionais relevantes, sobre a simplificação de procedimentos de comércio, visando avaliar o escopo das normas da OMC nessa área”. Os três primeiros temas foram retirados da mesa de negociação pela Declaração de Cancún², em que o tema “facilitação do comércio” foi introduzido na agenda multilateral de negociações comerciais, a partir de 2001, com o lançamento da Agenda de Doha para o Desenvolvimento Mundial, na qual ficou estipulado que o Conselho de Comércio de Bens da OMC³:

Reverá e, se for o caso, esclarecerá e aprimorará aspectos relevantes dos Artigos V (Liberdade de Trânsito), VIII (Tarifas e Formalidades Relacionadas à Importação e Exportação) e X (Publicação e Administração de Normas Comerciais) do GATT 1994 e identificará necessidades e

1 BARRAL, Welber Oliveira. **O Comércio Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

2 OMC. SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL DA OMC. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/what_stand_for_f.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

3 OMC. SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL DA OMC. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/what_stand_for_f.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

prioridades de facilitação de comércio dos membros, particularmente de países de menor desenvolvimento relativo e em desenvolvimento.

Como bem lembra Thorstensen⁴, esse tema encontra-se em pauta, sendo que “Algumas instituições internacionais como a UNCTAD, a OMA e a ONU, através da ECE – Economic Commission for Europe, já vem desenvolvendo trabalhos nessa área, além de cerca de 15 outras organizações”. Somente na vigência da IX Conferência Ministerial, em Bali, 2013, o Conselho Geral da OMC aprovou, em antecipação aos demais assuntos da Rodada, juntamente com seu anexo, o Acordo sobre a Facilitação de Comércio, através de uma emenda inserta no Anexo 1A do Acordo da OMC, constituindo-se o primeiro documento a ser incluído na lista de acordos da OMC, desde a sua criação.

2. Noções gerais do Acordo de Facilitação do Comércio (AFC)

O Acordo de Facilitação de Comércio AFC abrange medidas para modernizar a administração aduaneira, além de ações para simplificar e agilizar os procedimentos de comércio exterior, afora a possibilidade de cooperação entre os Membros na prevenção e combate a delitos aduaneiros, bem como, no oferecimento de assistência técnica e capacitação, além de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento, visando, precipuamente, superar barreiras administrativas, podendo aí se entender a necessidade de mitigação das barreiras não tarifárias.

O AFC somente entrará em vigor quando dois terços dos Membros manifestarem sua aceitação, nos termos do artigo X, item 03 do Acordo Constitutivo da OMC, depois de completados seus respectivos processos domésticos de incorporação. Em seu preâmbulo, o AFC expõe, de forma clara e límpida, os objetivos pretendidos e desejados pelo Acordo. Inicialmente, o AFC tem como desígnio o desejo de clarificar e aprimorar os relevantes aspectos dos Artigos V (Liberdade de Trânsito), VIII (Tributos e Formalidades Relacionadas à Importação e Exportação) e X (Publicação e Administração de Normas Comerciais) do GATT 1994, com vistas a tornar mais ágil a circulação, a liberação e o despacho aduaneiro de bens, inclusive bens em trânsito.

4 THORSTENSEN, Vera. *OMC - Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 310.

No mesmo Preâmbulo, em um de seus objetivos, procura-se reconhecer as necessidades próprias dos países em desenvolvimento e, especialmente, de países de menor desenvolvimento, visando o incremento de assistência e o apoio nessa área para efetiva aplicação dos objetivos do Acordo de Facilitação de Comércio. Por fim, o AFC reconhece e determina a necessidade de cooperação efetiva entre os membros, em questões relativas à facilitação do comércio e ao cumprimento das formalidades aduaneiras.

O texto do AFC é dividido em três seções, a saber:

A Seção I abrange os artigos 1 a 12, que, basicamente, dispõe sobre as informações a serem publicadas pelos membros, incluindo as disponíveis na rede mundial de computadores, nos centros de informação e as notificações ao Comitê de Facilitação, sobre as informações, visando a transparência entre os membros, além de preconizar a obrigação de cada membro ter oportunidade para formular comentários e obter informações, antes da entrada em vigor, de alteração de leis e regulamentos de aplicação geral, relacionados com a circulação, liberação e despacho aduaneiro de bens, devendo cada membro emitir, de modo razoável e em prazo pré-determinado, uma solução antecipada para o requerente, salientando que as determinações dessa Seção, devem ser totalmente implementadas pelos países desenvolvidos, o que não acontece com os países em desenvolvimento, que poderão implementar, em prazos mais longos, as suas disposições.

Essa Seção, em seus cinco primeiros artigos, em resumo, estipula procedimentos de recurso ou revisão por parte de cada membro, para qualquer pessoa, para quem a Aduana emitir uma decisão administrativa, para aumentar a imparcialidade, a não discriminação e a transparência, abrangendo notificações de controles ou inspeções reforçadas, retenção e procedimentos de teste.

Em continuação, os artigos 6º e 7º abordam, respectivamente, disciplinas sobre taxas e encargos incidentes sobre a importação ou exportação, sobre penalidades, e quicá, o grande desafio do AFC: a disposição sobre liberação e despacho aduaneiro de bens, a simplificação de procedimentos aduaneiros, incluindo importantes disposições sobre processamento antecipado, pagamento eletrônico, separação entre a liberação dos bens e a determinação final dos direitos aduaneiros, tributos e encargos, gestão de risco, auditoria pós-despacho aduaneiro, estabelecimento e publicação do tempo médio de liberação, medidas de facilitação de comércio para os OEA's - Operadores Econômicos Autorizados, remessas expressas e despacho prioritário, para bens perecíveis.

A disposição do artigo 7º se torna imprescindível para a consecução dos fins almejados pelo AFC, pois, procedimentos aduaneiros ineficientes agregam custos à máquina pública, e em processos aduaneiros mais céleres, a arrecadação tributária se processa de forma mais eficiente, após o desembaraço de cargas, aumentando a receita tributária. No artigo 8º, em total harmonia, como pretendido no artigo anterior, assevera que cada Membro garantirá a cooperação e coordenação entre autoridades e órgãos responsáveis por controles de fronteira e por procedimentos relacionados com a importação, a exportação e o trânsito de bens.

Prosseguindo, a letra do artigo 9º trata sobre o trânsito aduaneiro de mercadorias e a necessidade de sujeição de todos os membros a esse regime aduaneiro especial, regime este que, na modalidade de trânsito de passagem de bens, consta no artigo 11º. Já, o artigo 10º, lida com formalidades relacionadas a importação, exportação e trânsito, compreendendo a uniformidade na documentação pertinente ao uso de normas internacionais, a inspeção pré-embarque, procedimentos comuns de fronteira e sobre a admissão temporária de bens.

Por fim, o artigo 12º expõe sobre medidas para promover o cumprimento e a cooperação aduaneira, abrangendo troca e solicitação de informações, procedimentos de verificação de uma declaração de importação ou exportação, proteção e confidencialidade das informações, reciprocidade, uso ou divulgação não autorizados e a possibilidade de manutenção de acordos bilaterais e regionais, como tópicos, outrossim, de vital importância para a consecução do AFC.

A Seção II apresenta as Disposições de Tratamento Especial e Diferenciado para Países em Desenvolvimento, Membros, e de Menor Desenvolvimento Relativo e encerra os artigos 13 a 22, abrangendo prazos, formas e condutas a serem aplicadas e adotadas pelos países desenvolvidos e de menor desenvolvimento, para implementação do AFC, inclusive com a categorização dos membros, consoante a sua capacidade técnica de adesão ao Acordo.

Por fim, a Seção III referente as Disposições Institucionais e Finais contém apenas dois artigos: o 23 e o 24. O artigo 23 cria, de forma salutar, um Comitê de Facilitação do Comércio, com a finalidade de proporcionar aos membros a oportunidade de realizar consultas sobre qualquer matéria relacionada ao funcionamento do Acordo, predizendo ainda, que o Comitê examinará o funcionamento e implementação do presente Acordo, quatro anos após sua entrada em vigor, e periodicamente, a partir de então.

O artigo 24, relativo as Disposições Finais, preconiza, entre outras determinações, que todas as disposições do presente Acordo são vinculantes para todos os

membros, e que os membros de uma união aduaneira ou de um arranjo econômico regional poderão adotar abordagens regionais que auxiliem na implementação de suas obrigações, nos termos do Acordo, inclusive pelo estabelecimento e utilização de órgãos regionais. Sem prejuízo da nota interpretativa geral do Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC, nada será interpretado no sentido de limitar as obrigações dos Membros no âmbito do GATT 1994, ou será interpretado no sentido de depreciar os direitos e obrigações dos Membros no âmbito do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio e do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; todas as exceções e isenções no âmbito do GATT 1994 aplicam-se aos dispositivos do presente Acordo; renúncias e derrogações aplicáveis ao GATT 1994 ou a qualquer parte dele, concedidas de acordo com os parágrafos 3º e 4º do Artigo IX, do Acordo OMC e as suas eventuais alterações, a partir da data de entrada em vigor do presente Acordo, aplicam-se aos dispositivos do presente Acordo; os dispositivos dos Artigos XXII e XXIII do GATT 1994, tal como definidos e aplicados pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias, serão aplicados às consultas e à solução de controvérsias no âmbito do presente Acordo, salvo disposto em contrário, expressamente, no presente Acordo; e não poderão ser feitas reservas em relação a qualquer das disciplinas do presente Acordo sem o consentimento dos demais Membros.

Assim, o AFC contempla medidas para modernizar a administração aduaneira, e simplificar e agilizar os procedimentos de comércio exterior, além de possibilitar a cooperação entre os membros na prevenção e combate a delitos, bem como, no oferecimento de assistência técnica, capacitação e tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, promovendo a negociação de um Acordo voltado para a superação de barreiras administrativas ao comércio.

Dessa forma, quando estiver, efetivamente, em vigor, o AFC será importante para o crescimento da economia mundial, possibilitando o crescimento dos menos desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, tornando-se imperioso apresentar quais são as perspectivas para a economia mundial do AFC.

3. O Acordo de Facilitação do Comércio (AFC) e sua perspectiva para o desenvolvimento econômico mundial

O AFC vem de encontro a ideia de que, efetivamente, o comércio internacional representa uma das principais fontes de crescimento econômico mundial, sendo

que, a despeito da recente crise financeira, o volume das trocas comerciais mantém substanciais taxas de expansão. A OMC, por sua vez, possui dados que indicam que o intercâmbio global de mercadorias, compreendendo bens manufaturados, produtos agrícolas, e combustíveis e minerais, atingiu em 2014 o valor de US\$ 19 trilhões, quase o quádruplo dos US\$ 5,2 trilhões registrados em 2005. Entre 2010 e 2014, observou-se uma expressiva taxa anual média de crescimento de 3,5% nas exportações, contra apenas 2,5% no PIB mundial. Assim, as medidas que contribuam para o fortalecimento do comércio internacional são bem-vindas, sendo o Acordo de Facilitação de Comércio um instrumento de grande valia para o desenvolvimento dos países aderentes ao acordo.

Buscando a formação do AFC, houve um consenso entre os Membros da OMC que procedimentos e métodos administrativos aduaneiros complexos, demasiadamente, burocráticos e com pouca transparência podem prejudicar operações de comércio internacional, afetando o chamado “livre comércio”, um dos pilares da OMC. Para tanto, o AFC abrangeu negociações sobre barreiras tarifárias, que envolvem a redução dos impostos incidentes sobre produtos importados, e barreiras extra-tarifárias, se tornando esses os principais empecilhos para a livre circulação de mercadorias, que como foi bem definido, por lição extraída de artigo publicado por Pugliesi⁵, a livre circulação de mercadorias só pode ser alcançada:

Mediante a eliminação das barreiras tarifárias e extra-tarifárias. A primeira pode ser alcançada mediante a redução progressiva até a eliminação das tarifas para as operações de exportação e importação de produtos originários dos países signatários de determinado tratado.

Existem estimativas consistentes da OMC e dados do Banco Mundial e da OCDE⁶ de que o AFC pode reduzir os custos comerciais entre US\$ 350 bilhões e US\$ 1 trilhão, além de gerar um aumento de US\$ 33 bilhões a US\$ 100 bilhões, nas exportações globais anuais e de US\$ 67 bilhões, no PIB global.

5 PUGLIESI, Fabio. A livre circulação de mercadorias no MERCOSUL. In: BAPTISTA, Luiz Otávio; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **MERCOSUL: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 176-177.

6 OECD, WTO, UNCTAD. Implications of Global Value Chains for trade, investment, development and jobs. Saint Petersburg, 2013, p. 7. Disponível em: <<http://www.oecd.org/trade/G20-Global-Value-Chains-2013.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2016.

Huffbauer e Schott⁷ ressaltam que o aumento estimado de US\$ 950 bilhões no comércio bilateral, resultante da adoção de medidas significativas de facilitação de comércio resultaria em um aumento de, aproximadamente, US\$ 440 bilhões no PIB. Para os países em desenvolvimento, o aumento estimado de US\$ 1 trilhão no comércio bilateral resultaria em um aumento de US\$ 520 bilhões no PIB. No total, a expansão potencial do comércio, decorrente de um acordo abrangente de facilitação poderia se traduzir em um aumento de US\$ 960 bilhões, por ano, no PIB global.

De fato, a aplicação do Acordo concederá aos exportadores, previamente, ao desembarque, acesso mais desimpedido de informações sobre procedimentos de trânsito, tributos e encargos, classificação de mercadorias e restrições de importação, nos países de destino, elementos nem sempre disponíveis em todos os países. Destacam-se, ainda, medidas de proteção dos exportadores, como o direito ao recurso de decisões de alfândegas estrangeiras. Na mesma direção está o preceito de que os tributos e encargos aduaneiros só podem ser cobrados em um valor proporcional ao serviço prestado, reduzindo, assim, as cobranças desproporcionais e abusivas. Especialmente relevantes para a economia mundial são os dispositivos voltados para a redução da burocracia, nas operações de comércio exterior, como os que preconizam um desembarço aduaneiro, mais rápido e mais barato, e inclusive a possibilidade de desembarço aduaneiro pré-desembarque.

Assim, todas essas perspectivas, quando implementadas, serão de grande valia para o desenvolvimento da economia mundial, pois, inexistente dúvida de que o desenvolvimento do comércio internacional é uma oportunidade de crescimento econômico. A União Europeia, por exemplo, vem atuando em busca de negociar acordos de comércio e investimento com seus parceiros comerciais, como os Estados Unidos da América, através da Parceria Transatlântica de Comércio e investimento (PTCI), além de negociações envolvendo um acordo comercial entre a União Europeia e o Mercosul, apesar da grande resistência de alguns países europeus, em razão de seus produtos agrícolas.

Os Estados Unidos, por outro lado, através do TPP (Trans Pacific Partnership), com mais 11 países, incluindo duas potências, o Japão e o Canadá, dentre outras medidas, buscam uma integração econômica entre si, ante a eliminação ou redução de tarifas e outras barreiras à circulação de bens, serviços

7 HUFFBAUER, G.; SCHOTT, J. *The payoff from the World Trade Agenda*. Washington: Instituto Petersen, 2013.

e investimentos. Dessa forma, os países percebem que o desenvolvimento econômico se dá pelas atividades de comércio internacional e a sua facilitação impulsionará suas economias.

Conclusão

Procurou-se demonstrar que os Estados devem ter como um de seus objetivos fundamentais, o desenvolvimento econômico, tendo como uma das suas bandeiras, o intercâmbio de mercadorias, pois, as relações comerciais internacionais, estão cada vez mais amplas e transfronteiriças, sendo incabível se falar em políticas de comércio internacional, sem pensar em um todo, em que as partes discutam e estabeleçam resoluções razoáveis e de prática factível para o tão desejado crescimento econômico, social e político.

Por esse ponto de vista, existe a necessidade, inicialmente, da construção de um sistema no qual liberdade não seja confundida com libertinagem, e que regras ordinárias de lealdade comercial sejam respeitadas, sendo este, como bem expressou Kiss,⁸ ao falar da construção do direito internacional sobre “a percepção da necessidade de regulação e a convergência de valores comuns, que tornam essa regulação desejável e em seguida aceitável”.

Desta feita, surge a OMC como uma Organização Internacional responsável por essa regulação, acreditando que, tal regulação não é burocrática, dispendiosa, morosa e nem inalcançável. Acredita-se que a facilitação do comércio é o meio para que o comércio internacional se desenvolva, em respeito a um de seus primeiros fins traçados, quando de sua constituição: instituir o Acordo de Facilitação de Comércio a ser adotado por todos os seus membros.

Assim, depois de criado um mecanismo (AFC) capaz de aumentar o comércio internacional, que nasceu para os Estados membros da OMC se adequarem, de forma célere, às normas ali presentes, respeitando, obviamente, a sua soberania, e precipuamente, confiando que a facilitação da livre circulação de mercadorias, a AFC torna-se uma mola propulsora do desenvolvimento econômico.

8 KISS, Alexandre. Emergence des principes généraux de droit international et d'une politique internationale de l'environnement. In: RENS, I.. **Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement**. Genève: Coll. "sebes", 1996. p. 19-35.

Referências

ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO. SÍTIO OFICIAL ELETRÔNICO DO AFC. Disponível em: <<http://www.tfafacility.org/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

BARRAL, Welber Oliveira. **O Comércio Internacional**. Belo Horizonte: del Rey, 2007.

SÍTIO ELETRÔNICO DA COMISSÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/International_trade_in_goods/pt>. Acesso em: 02 maio 2016.

HUFFBAUER, G.; SCHOTT, J. **The payoff from the World Trade Agenda**. Washington: Instituto Petersen, 2013.

KISS, Alexandre. Emergence des principes généraux de droit international et d'une politique internationale de l'environnement. In: RENS, I. **Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement**. Genève: Coll. "sebes", 1996, p. 19-35.

OMC. SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL DA OMC. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/what_stand_for_f.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

PUGLIESI, Fabio. A livre circulação de mercadorias no MERCOSUL. In: BAPTISTA, Luiz Otávio; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **MERCOSUL: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 176-177.

THORSTENSEN, Vera. **OMC - Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e rodada do milênio**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

The environmental crisis as a mutational period, from the mental-rational limits of the material growth to a new integral a-perspectival paradigm

La crisis ambiental como un período mutacional, entre los límites de crecimiento como resultado del paradigma racional y el emerger de un paradigma integral

Juan Pablo Bellene Arena

Resumen: La crisis ambiental como la punta del iceberg de una problemática más compleja y profunda. Los límites del crecimiento como manifestación de las deficiencias del paradigma dominante, una expresión de la crisis de conciencia humana que se reproducen a escala global y cuyas consecuencias se ven reflejadas en los más diversos ámbitos, entre ellos: la base del razonamiento jurídico en el ámbito del derecho ambiental. Situada dentro de la filosofía del derecho, el eje de la investigación se orienta en demostrar que la superación de la crisis ambiental conlleva en sí mismo la mutación o cambio de paradigma, el emerger de un nuevo paradigma, al cual puede llamarse *Integral* conforme la tesis de *Jean Gebser*, o *cosmovisión cosmoteándrica* en palabras de *R.Panikkar*. Una nueva forma holística, integral, o cosmoteándrica, de razonamiento jurídico que alcanza al derecho como ciencia y al jurista como hombre.

Palabras-chave: Cambio de Paradigma. Cosmovisión Integral. Evolución de conciencia, jurista y derecho holístico.

Introduction

This essay is intended to demonstrate that the current environmental crisis is consequence of the contemporary paradigm, which conceives reality merely

according to a mental-rational structure. While at the same time, this crisis configures a mutational period towards the emergence of a new paradigm¹. The general purpose of this paper focuses on the contemporary international legal system, which has been built according to a mental-rational perspectival paradigm, and its mutation towards an integral a-perspectival² system, which may serve as an efficient frame able to support the subjective integral development of humanity. At this point, it is important to make clear that this paper is not a criticism of the contemporary mental-rational legal system; on the contrary, it has been useful to approach the mutational period towards the emergence of a new integral system. In particular, the purpose of this paper is to build a connection, a bridge, between the deficiencies of the contemporary legal system and the efficiency of a new integral one; this bridge is at the same time a connection between the deficiency of the dominant mental-rational paradigm to overcome the environmental-human crisis, and the mutation towards the efficiency of a new integral a-perspectival paradigm. In order to demonstrate the intended hypothesis, I shall probe: first, that the environmental crisis, represented by the limits of material growth, is a consequence of the deficiencies involved by

-
- 1 This paper follows the thesis of Jean Gebser, according to whom human's evolution is centered on a mutation of consciousness structures which evolve from an ever present-origin. The ever present-origin may be described as a spiritual welfare, an essential guide-contention from which all springs, but it is that which springs forth itself. The structures represent the way to understand the Universe during a certain period towards the mutation of a new understanding which shall integrate the prior one. The structure of consciousness may be also called "paradigm". Gebser saw throughout history traces of collapse, which he called "deficiency", and emergence or "efficiency", of various structures of consciousness. Every structure of consciousness entails a deficiency stage, which is always consequence of a lack of moderation, the deficiency stage operates as a mutation towards the emergence of a new efficient structure contributing to the human's evolution. According to Gebser in the history of the consciousness's evolution, the prior mutation evolved from a mythical structure, characterized as a *pre-perspectival*, two-dimensional structure symbolized by the circle and characterized by cyclical time (*kairos*), into the contemporary mental-rational structure. See, GEBSER Jean (2011). "The Ever-Present Origin". Spanish version. Origen y presente. Primera edición. Girona. España: Editorial Atalanta,S.L. This historical moment is called Axial point; see, JASPERS, Karl (1949) "*Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*" (*The Origin and Goal of History*).
 - 2 The term integral-aperspetival refers to a pluralistic or multiple-perspectives view. "A*perspectival*" means that no single perspective is privileged; contrasted the *integral-aperspectival* cognition with formal rational, this last one is also called "perspectival reason" and it tends to take a single, monological perspective and view of reality. Where perspectival reason privileges the exclusive perspective of the particular subject, the *aperspectival* adds up all the perspectives, the multiple contexts in a fluid holing and multidimensional tapestry. at 167. WILBER KEN. (2000) "Integral Psychology". Shambala Publications, Inc. Horticultural Hall 300 boston, Massachusetts.

conceiving the world according to a merely mental-rational perspective; secondly, the connection between the deficiencies of the mental-rational system and its mutation towards a new-integral one. To demonstrate this I will take as specific object of analysis the idea of sustainable development, which represents both: on the one hand, from the point of view of the deficiencies of the contemporary system, the sustainable development is the neuralgic point of the international environmental laws, and as a consequence it represents also the deficiencies of the mental-rational paradigm; on the other hand, from the point of view of the mutation towards a new integral system, the sustainable development manifests a subjective inner-human wish to achieve a secure and permanent welfare, which may be also called as an original guide-contention, or “*Ever present-origin*” by the words of Jean Gebser. On this sense, the essence and efficiency of the new paradigm lays on the development of the subjective *integral-a perspectival* welfare capable to reach beyond the limits of the material growth.

1. The environmental crisis as a mutational period

Following with the thesis; a crisis is a mutational period to the emergence of a new paradigm. The mutational period always characterized by two facts: first, on the one hand is the awareness about the deficiencies and the consequences involved by conceiving the world according to the dominant paradigm; secondly, on the other hand is the resistance against the mutation towards the new paradigm. Below, I will probe these two facts on the contemporary mental-rational paradigm, facts which are reflected on the environmental crisis.

1.1. Mutational Period, first fact: The deficiencies of the mental-rational structure: objective-measurable and subjective-unmeasurable

1.1.1 The objective-measurable deficiency, the limits of material growth and the anthropocentric awareness about the danger of mankind's self-destruction

The mental structure, which on its efficient stage, had provided to the individual of the power of creation projecting himself through the directed

thought-action out of the boundaries of the complementary mythical circle³; it derives in a second moment into its deficiency stage as a consequence of the lack of moderation, an excessive projection of the individual directed-thought action. The mental structure on its deficiency stage is called by Gebser mental-rational structure, the excess provokes the duality between the individual in opposition with the world, this abstraction of reality provokes at the same time an illusion of “disconnection” from the “Ever-present origin”, which carries within itself the deficiency of the contemporary structure; because, in the mythical structure, even at its deficiency stage, the “*Ever-present origin*”, the guidance-contention was still present-manifested on the circle of complementary polarities; but once the individual has reached out of the circle in the mental paradigm, as a consequence of the lack of moderation, the mental-rational individual pretends to have achieved a complete power and independence beyond Nature. On the mental-rational structure the “*Ever-present origin*”, which confers guidance-contention is replaced by the projection of the individual directed-thought action onto a separated material world to be conquered in a chronological abstract timeline; time is related to space, and so, the individual loses his sense of the present. The mental-rational individual can only recognize himself on his directed thought-action projected on the material world to be achieving on an illusory future; the individual depends on the material world in order to find guidance and contention. Therefore, at the same time that the individual directed-thought action pretends to be gaining independence projecting and recognizing himself onto a material world, what is actually happening is that the individual is getting an illusion of disconnection from the ever present-origin,

3 According to Gebser the mental paradigm characterized as a *perspectival*, three-dimensional, symbolized by the triangle and characterized by chronological-linear time. The mutation from the mythical to the mental structure was triggered by the individual’s awareness of the deficiencies stated by conceiving reality according to a circle of complementary polarities. As historical example of this Gebser mentioned the Greek Amphitheater in which the “individual-*personae*” was “caught”, only able to recognize himself against the voice of the “*choir*” as an echo of the voices of the Gods. This awareness of the individual deficiencies involved by conceiving reality according to a mythical structure operated the mutation towards the efficiency of the mental structure of consciousness. The mental structure is centered on the **individual directed-thought action**, which lets the individual get out of the complementary circle by the entails of a new “rhythm” (with MOZART breaks a new perception of time. See, GEBSER Jean; at 168) based on a chronological-lineal-time, conferring at the same time the necessary space where the individual may project and display his own power of creation. See GEBSER Jean (2011). “The Ever-Present Origin”. Spanish version. Origen y presente. Primera edición. Girona. España: Editorial Atalanta,S.L

as far as the matter been depleted. Thus, as far as the individual pretends to gain independence by the conquest of the objective world, indeed the mental-rational structure becomes silently and invisibly deficient by the depletion of matter. As a consequence of this illusory abstraction of time and space provoked by the excessive projection of the individual directed-thought action, the individual isolated on an illusory independence⁴ alienated by the constant search of matter, the alienation turns the individual power of creation into a power of self-frustration⁵ and self-destruction. As a confirmation of this fact, the mental-rational paradigm assumes its own objective deficiency by the 1972 publication “*The limits to growth*”⁶, as well as in 1992 by the “World Scientists' Warning to Humanity”⁷, which provokes an individual-social awareness, a “call of consciousness” about the danger of mankind’s self-destruction. Although

-
- 4 (...) “nothing is by itself, but everything is merely a consequence... we do not know where it leads” GEBSER, Jean. at 172. See also: “*Non participation of reality*” on BERMAN Morris (1987). “The Reenchantment of the World”. at 11. BARFIELD Owen (2015). See also: “Saving the Appearances: A Study in Idolatry”. Spanish version: “Salvando las apariencias. Un estudio de la idolatría”. Editorial Atalanta. Girona. España. at. 17 y 18.
- 5 “*The real reason why human life can be so utterly exasperating and frustrating is not because there are facts called death, pain, fear, or hunger. The madness of the thing is that when such facts are present, we circle, buzz, writhe, and whirl, trying to get the “I” out of the experience. We pretend that we are amoebas, and try to protect ourselves from life by splitting in two. Sanity, wholeness, and integration lie in the realization that we are not divided, that man and his present experience are one, and that no separate “I” or mind can be found.*”. WATTS Alan W. (2007). “The Wisdom of Insecurity. A Message for an Age of Anxiety”. Spanish versión. “Mensaje para una era de ansiedad. La sabiduría de la incertidumbre”. Editorial Kairos. Barcelona, España. At 48.
- 6 “The limits to growth”. A report for the club of Rome’s project on the predicament of mankind”. (1972) .Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows, Jorgen Randers and William W. Behrens III, *Limits to Growth*, New York: New American Library. “*A point has been reached in history when we must shape our actions throughout the world with a more prudent care for their environmental consequences. Through ignorance or indifference we can do massive and irreversible harm to the earthly environment on which our life and well being depend*”...” *To defend and improve the human environment for present and future generations has become an imperative goal for mankind-a goal to be pursued together with, and in harmony with, the established and fundamental goals of peace and of worldwide economic and social development*”. United Nations Conference on the Human Environment. June 5–16 1972. “Our Common Future. The Brundtland Report”.(1987)United Nations World Commission on Environment and Development (WCED).<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>.
- 7 World Scientists' Warning to Humanity (1992). Some 1,700 of the world's leading scientists, including the majority of Nobel laureates in the sciences, issued this appeal in November 1992. At: <<http://www.ucsusa.org/about/1992-world-scientists.html#VqYRMDZ3ZEQ>>.

this awareness is still an anthropocentric objective warning, it contributes to the mutation towards the emergence of a new paradigm⁸.

1.1.2 The subjective-unmeasurable deficiency as the real cause beneath the environmental crisis

As it was said before; the duality and opposition between the individual and the material world is a characteristic of the mental-rational paradigm, which lies on "perspective" and "fixation"; this perspective separates and fixes on the one hand what is observed, and on the other hand the observer. This opposition produces at the same time a clash between what is considered objective-measurable and what is consider subjective-unmeasurable. On this sense the deficiency of the mental-rational paradigm is like an iceberg; on the surface, it appears the objective-measurable, which is confirmed by the 1972 publication "*The Limits to growth*", but the real cause beneath is that the world as an "objective-tangible" geometry is measurably insufficient to satisfy the subjective-unmeasurable "sum" of the individual directed thought-action projected on the material world, in order to find guidance and contention. The real reason of the current environmental crisis, caused by the lack of moderation of the individual directed thought-action projected on the conquest of the matter, is actually this subjective-unmeasurable deficiency, which is represented in the surface by the objective-measurable deficiency manifested on the limits of material growth, but which veritably lays on the permanent subjective search for original guidance and contention.

8 JARIA i MANZANO (2015). El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad). Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 30.At. 295-349. BOSSELMANN Klaus (2008). The Principle of Sustainability. Transforming law and governance. Ashgate publishing company. Burlington USA.

1.2. Mutational period, second fact: Sustainable development as a sign of resistance⁹ of the mental-rational structure against the new integral a-perspectival paradigm

The idea of sustainable development represents the deficiencies of the actual environmental legal system as well as the resistance of the mental-rational structure against the emergence towards a new integral a-perspectival system. The material sustainable development is an attempt of the mental-rational paradigm to solve its deficiencies, which are reflected on the environmental crisis, according to its own objective-measurable perspectival logic; in other words, the concept of sustainable development is an attempt of self-preservation mode of the mental-rational paradigm. To make this point clear it is necessary to remember that the mental-rational structure produces a duality between what is considered the objective-measurable and the subjective-unmeasurable. On the one hand the objective-measurable is controllable and predictable by the mental-rational paradigm, on the other hand the subjective-unmeasurable is not. So, the deficiencies of the mental-rational structure of consciousness, reflected through the idea of a material sustainable development are also embodied of this duality: on the surface, a material-objective deficiency, the measurable limits of material growth; on the depths, when matters is exhausted, the subjective-unmeasurable deficiency becomes visible. Because, when the objective-measurable limits are confirmed by the limits of the material growth, the “sum” of the subjective immeasurable individuals directed thought-actions projected on the material world cannot be satisfied; the original guidance and contention cannot be found in the material world anymore, so the individual’s pretended independence which was projected on the material development becomes visibly an illusion. It is the awareness about the material limits which makes the illusion visible;

9 According to Gebser the emergence of a new structure of consciousness is revealed on the immediate **resistance** of the dominant structure of consciousness against the mutation to the new paradigm; this resistance responds according to Gebser to a completely and predicable fear to perish, as well as an assuage of self-preservation mode. This resistance is the attempt of a dominant deficient paradigm to understand the mutation and the pretention to solve the deficiencies by its own terms and by its own structure, providing on this way a feeling of control and a security of an endless continuity. GEBSER, Jean (2011), at 72. *Resistance is an own sign present on every shift of consciousness’s structures*”. See, GEBSER, Jean; at 131.

the individual, whom until this moment had been secure¹⁰ projecting and identifying himself finding guidance and contention in a “future matter to be achieved”, becomes aware of it in 1972 when science says that matter is exhausted. Time is related to space, then what the limits of material growth also manifest is: “time runs out”; in this sense sustainable development is a race against time, an unhappy ephemeral synthesis which confirms the deficiency as well as makes visible that the mental-rational paradigm is a labyrinth from which one cannot get out. The sustainable development as a product of the mental-rational paradigm ignores the subjective-unmeasurable deficiency, it pretends to solve the environmental crisis by terms of its own objective-measurable rational perspective. The reason of this ignorance is that the mental-rational paradigm can survive only as far as the world is objective and it can be measurable apprehended; on this sense the limits of material growth is indeed the limit of the mental-rational paradigm, which pretends to overcome its deficiencies only by the terms of an objective-material sustainable development. Therefore, the ignorance is actually resistance; because the underline idea of the sustainable development manifest the pretention to make the mutation towards the new paradigm controllable understood¹¹ according to its own objective-measurable logic, it represents so the anthropocentrically¹² resistance, the self preservation mode of the dominant mental-rational structure against the emergence of a new a-perspectival paradigm on which the subjective-unmeasurable may be also a-perspectival integrated.

10 To be secure means to isolate and fortify the “I,” but it is just the feeling of being an isolated “I” which makes me feel lonely and afraid. In other words, the more security I can get, the more I shall want. WATTS Alan W. (2007). At 48.

11 The 1972 publication “*The limits to Growth*” put it in these words: “*join us in understanding and preparing for a period of great transition— the transition from growth to global equilibrium*”.

12 TARNAS, Richard (1991). “*The Passion of the Western Mind*”. “*La pasión de la mente occidental*”. Spanish version. Second edition. Girona. España: Editorial Atalanta; from page 285 to 409. TARNAS Richard.(2009). “*Cosmos and Psyche: Intimations of a New World View*”. “*Cosmos y psique. Indicios para una nueva visión del mundo*”. Spanish version. Editorial Atalanta, S.L.Girona. España. At 71.

2. Sustainable development, an invisible bridge from the limits of material growth to the development of the subjective integral welfare

However the idea of a sustainable development may appear, even under a mental-rational critical analysis, as an oxymoron¹³; it is possible to say that on the apparently contradiction of this idea, actually lays an invisible connection between the measurable-material limits of the perspectival mental-rational structure and the mutation towards an a-perspectival one, which shall integrate the mental-rational paradigm into a new one. On the one hand the idea of a sustainable-material development is a deficient answer of the mental-rational paradigm to solve the limits of material growth, whereas this idea is needed for the survival of the dominant paradigm. On the other hand, the idea of pretending to achieve a permanent limitless development manifest the mutation towards an integral paradigm, it is on this sense that I consider that the idea of sustainable development actually lays an invisible bridge between the deficiencies of the nowadays dominant mental-rational paradigm represented by the limits of material growth, and the connection to the emerge of a new integral system able to support and contribute to the development of the subjective-unmeasurable qualities of humankind. The idea of sustainable development discloses the bridge; the limitations of the dominant paradigm to provide guidance and contention works as the connection to the emerge of the efficiency of a new a-perspectival structure on which the mental-rational paradigm might be integrated in support to the development of the subjective. The integral paradigm overcomes the material limits caused by the duality and the opposition between the individual and the world, the integral development is focused not merely on the objective but also in the subjective, which is limitless.

13 Time and space are related, the depletion of matter is also the depletion of time. Sustainable development is a race against time, a dialectical labyrinth on which the thesis of continuous material development against the antithesis of timetable sustainability are unable to find a happy lasting synthesis.

Conclusion

“And the day came when the risk to remain tight in a bud was more painful than the risk it took to blossom”.

Anais Nĭn

The idea of a sustainable material development, as the mental-rational answer to the limits of material growth, is clearly ineffective because the matter itself is unable to provide the subjective guidance and contention, the matter is unable to replace the “Ever present-origin”. The deficiency of the mental-rational structure tries in vain to fulfill the individual subjective search of guide and contention (ever-present origin) by means of measurable matter, which is impossible. This is the crux of the human-environmental crisis, the objective-measurable natural resources are limited but the subjective individual directed-action projected on the material world might be unlimited (as example: the lust for power)¹⁴. So the concept of sustainable development is an oxymoron, a contradiction itself, because it is impossible to satisfy the unlimited with the limited. However, the apparent contradiction of a material sustainable development it is bearded also the essence of the new coming paradigm; the idea exposes but a link between the objective measurable and the subjective immeasurable; the dominant paradigm, “*the tight bud*”, bears the seed for the emergence of the new a-perspectival integral paradigm, “*the blossom of the flower*”. The environmental crisis configures actually a mutational period; on this sense, if the objective material development has limits, the subjective development is ocean’s depth, limitless, (as examples: love, cooperation and compassion). From this point of view the idea of sustainable development manifest an unexpressed wish to achieve a secure permanent welfare, an endless time-space on which to develop the subjective-unmeasurable qualities (may be also described as the expansion of the spiritual human values) that confers at the same time permanent guidance and contention. The only possible limitless sustainable development is subjective, so the emerging of the new paradigm requires the mutation of the old objective-measurable predictable and controllable future, as well as the mutation of duality and the individual as someone separated from the universe. Considering all the above the juridical system should open to a leap of consciousness in order to be able to serve as a frame-support of the emergence of an integral a-perspectival paradigm based on the development of the subjective-unmeasurable welfare.

¹⁴ “The world has enough for everyone’s need, but not enough for everyone’s greed.” Mahatma Gandhi.

A inserção do princípio da concorrência na contratação pública: melhoria do bem-estar social e maior eficiência do Estado

The insertion of the principle of competition in public procurement: the improvement of the social welfare and a greater efficiency of the State

*Ruth M. P. Santos
Renata Menezes*

Resumo: O presente trabalho versa sobre a relação entre o direito da concorrência e os contratos públicos, a partir da inserção do princípio da concorrência no direito dos contratos públicos. Busca-se alcançar um processo licitatório eficiente para o Estado, com o alcance do bem-estar social. Ademais, a crescente cartelização dos contratos públicos tem sido uma preocupação mundial, tendo em vista o aumento dessa prática anticoncorrencial. É necessário, portanto, acompanhar a modificação da contratação pública, que parte da vertente global para a nacional, a partir do Princípio da Concorrência. Esse princípio é a ligação valorativa entre o direito dos contratos públicos e o direito concorrencial, por meio do seu reconhecimento como norma standard global. Nesse sentido, apresenta-se e verifica-se o cenário licitatório brasileiro, que possui inúmeras falhas, que levam a fraudes, e consequentemente, a corrupção, razão pela qual se mostra necessário, alterar a lógica normativa existente, para inserir o Princípio da concorrência nos contratos públicos, como se verifica nas diretivas europeias de contratação pública.

Palavras-chave: Contratação Pública. Direito da Concorrência. Princípio da Concorrência. Cartel.

Abstract: The present work deals with the relationship between competition law and public contracts from the insertion of the principle of competition to public procurement law. It seeks to achieve an efficient bidding process for the State, with the achievement of social welfare. In addition, the growing cartelization of public procurement has been a worldwide concern, in view of the increase in this anticompetitive practice. It is therefore necessary to accompany the modification of public procurement, which starts from to global from to national, starting from the Competition Principle. This principle is the evaluative link between public procurement law and competition law, through its recognition as a global standard. In this sense, we present the Brazilian bidding scenario, which has numerous statements, which lead to fraud, and consequently, to corruption, a reason that proves necessary, to change the existing normative logic, to insert the principle of competition in public procurement, as it is verified in the European Directives of public procurement.

Keywords: Public Procurement. Competition Law. Principle of Competition. Cartel.

Introdução

O presente artigo trata da necessidade de inserção do princípio da concorrência nos contratos públicos, porque não se pode mais vislumbrar um processo de contratação pública alheio as normas globais, existentes, diante da crescente cartelização e ocorrência de práticas abusivas na concorrência dos contratos públicos, que tem levado à baixa eficiência dos serviços públicos e a queda do bem-estar social, logo, resultando na insatisfação do cidadão com o Estado.

O contexto global enseja uma modificação dos paradigmas no direito dos contratos públicos e no direito da concorrência. Desse modo, passa-se a ter uma preocupação com a eficiência da contratação pública, no que se refere às práticas anticoncorrenciais ocorridas no processo licitatório, não apenas na concorrência pautada na igualdade de participação. Nesse sentido, o princípio da concorrência, incorporado na ótica global, como uma norma *standard* vai possibilitar a alteração dos procedimentos administrativos dos contratos públicos, a fim de inserir sanções concorrenciais, direcionadas aos abusos concorrenciais.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em três partes: a inserção do princípio da concorrência na contratação pública, o reconhecimento do

princípio da concorrência na esfera global e aplicabilidade, no direito europeu dos contratos públicos, e a contratação pública brasileira, diante da necessidade de incorporação dos padrões normativos globais.

No primeiro tópico, tratou-se da possibilidade de correlação dos domínios: direito dos contratos públicos e direito da concorrência, associados ao princípio da concorrência. Na segunda parte, demonstrou-se que a ligação valorativa entre a contratação pública e o direito da concorrência se torna possível, a partir do reconhecimento do padrão global normativo do princípio da concorrência, que assume um papel regulatório entre os dois ramos do direito, servindo de exemplo para tal, o direito dos contratos públicos europeu. Por fim, apresenta-se o cenário licitatório brasileiro e a necessidade de alteração da lógica normativa existente.

1. Inserção do princípio da concorrência na contratação pública

O estudo da contratação pública tem se alterado muito e ganhando relevância na esfera global/internacional, refletindo diretamente na modificação do direito nacional dos contratos públicos. Isso ocorre em virtude da expansão das relações administrativas para além das fronteiras internas. Nessa perspectiva, se faz necessário vislumbrar os contratos públicos, a partir de uma ótica internacional e europeia, a fim de se adequar às necessidades de um mundo globalizado.

Portanto, quando se observa uma contratação pública, sob o prisma do direito internacional e europeu, encontra-se um ponto de convergência necessário para o desenvolvimento da eficiência dos processos licitatórios, seja no Brasil ou no restante do mundo. A globalização dos contratos públicos leva à discussão da inserção do direito concorrencial, por meio do princípio da concorrência, nas normas de contratação pública, o que significa dizer que as normas de contratos públicos devem garantir a concorrência do ponto de vista dos procedimentos internos de licitação, bem como, os efeitos externos dos comportamentos das empresas e da própria entidade adjudicante.

O Estado e as entidades adjudicantes devem ter um comportamento proativo no que concerne a defesa da concorrência, no direito dos contratos públicos, a fim de evitar distorções no mercado de compras públicas e combater as práticas anticoncorrenciais em concursos públicos. Justifica-se dizer que a própria lei de licitações/adjudicações e o comportamento da entidade adjudicante podem promover a cartelização dos

contratos públicos. Para tanto, se faz necessário criar sanções específicas e rigorosas para as empresas que participam de conluio nos contratos públicos¹.

Essa mudança de paradigma, que ainda caminha a passos lentos, se tornou possível em virtude do direito internacional, que tem alterando tanto o direito dos contratos públicos, quanto o direito concorrencial. Os tratados trazem direitos e obrigações internacionais, que devem ser implementadas no direito interno, como o Acordo Plurilateral de Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio (OMC). Além das diretrizes ou *guidelines* fornecidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tem influenciado os seus membros, para avaliar as suas normas de contratação pública e o impacto das práticas anticoncorrenciais entre os licitantes, a fim de que os países revisem as suas leis nacionais, a favor da concorrência².

Diante disso, é necessário observar o princípio da concorrência, que adota duas vertentes: uma para a regulação da contratação pública e outra para a regulação da concorrência³. A partir da regulação da concorrência nos contratos públicos, se torna possível a aplicabilidade das sanções às práticas anticoncorrenciais, aumentando a consciência das entidades adjudicantes sobre as implicações da concorrência nos contratos públicos, bem como, estimularia o desenvolvimento de uma prática licitatória, mais orientada para a competição⁴.

O princípio da concorrência na regulação econômica tem por objetivo a proteção ou a tutela da concorrência no mercado, ou seja, é a segurança de que o mercado de contratos públicos funcionará sem impedimentos e em condições normais de competição, entre os agentes econômicos. Nesse sentido, as empresas participantes dos processos de licitação pública devem agir de forma

1 GRAELLS, Albert Sanchez. **Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law.** In.: BOVIS, C. (ed.). *Research Handbook on European Public Procurement*, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Acesso em: 6 jul. 2016, p. 3.

2 GRAELLS, Albert Sanchez. **Competition Law and Public Procurement.** In.: Forthcoming in J Galloway (ed), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2643763>>. Acesso em: 6 jul. 2016, p. 6.

3 GONÇALVES, Pedro Costa. **Concorrência e contratação pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública).** Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2012, p. 482.

4 GRAELLS, Albert Sanchez. **Competition Law and Public Procurement.** In.: Forthcoming in J Galloway (ed), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016) Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2643763>>. Acesso em: 6 jul. 2016, p. 6

a não causar desvios ou praticar atos lesivos ao interesse geral. Entende-se, portanto, que o valor aqui contido no princípio da concorrência revela-se como um instrumento destinado a proibir comportamentos que constituem abusos ou desvios, capazes de alterar as condições naturais de competição no mercado, garantindo a igualdade de acesso entre as empresas⁵.

É preciso entender que o princípio da concorrência, em causa, não se confunde apenas com a equiparação dos concorrentes e com a igualdade de participação na licitação, pois isso está afeito as regras procedimentais relacionadas ao processo adjudicatório. O que se defende é o reconhecimento do princípio da concorrência, a partir da esfera econômica, como mecanismo necessário para minimizar e sancionar as práticas anticoncorrenciais na própria lei de contratos públicos.

O Estado deve garantir a estrutura do mercado de compras públicas, de uma forma concorrencial, porque necessita permitir a participação de todos os fornecedores e produtores que preencham os requisitos dispostos na legislação e administração dos contratos públicos. Nenhum fornecedor ou produtor deve ser detentor do mercado, influenciando em seu funcionamento, pois caso isso ocorra, estar-se-á falando de uma falha do mercado (*marketfailure*), em que este deixa de cumprir os requisitos de competitividade, gerando desperdício de recursos públicos e perdas de eficiência, diminuindo o bem-estar⁶.

Tal correlação se faz necessária, uma vez que a concorrência nos contratos públicos está direcionada para garantir a criação de um mercado de acesso não discriminatório, por meio de um procedimento aberto, com garantias de acesso em condições de igualdade, assegurando a participação de vários proponentes, a fim de encontrar a melhor proposta para a Administração Pública, com a melhor eficiência do gasto público.

A interseção entre os dois domínios se torna possível em virtude da elevação do direito dos contratos públicos e do direito da concorrência a uma esfera multinível. Isso quer dizer que esses sistemas não se restringem, unicamente, a ótica nacional. Nesse passo, o princípio da concorrência assume uma posição de *standard* normativo, realizando uma regulação global da proteção da concorrência nos contratos, o qual pode ser defendido à luz da teoria do direito administrativo global.

5 GONÇALVES, Pedro Costa. **Concorrência e contratação pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)**. Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2012, p. 482.

6 GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

2. Reconhecimento do princípio da concorrência na esfera global e aplicabilidade no direito europeu dos contratos públicos

Atualmente, há um cenário internacional multifacetado que permite a interação entre as estruturas, atores e procedimentos nacionais e internacionais, bem como, a criação de padrões normativos, a fim de realizar a regulação global. As administrações nacionais e regionais têm se pautado em princípios, valores e normas comuns, defendidos em uma escala global. Esse novo desenho do direito exige o reconhecimento de órgãos administrativos internacionais e transnacionais que interagem de formas complexas no espaço administrativo global, que está composto das relações interestatais e regulamentação em diferentes níveis.

Para justificar o reconhecimento do princípio da concorrência, como norma padrão global, socorre-se a teoria do direito administrativo global que se funda no conceito de governança global. Tal ideia é compreendida como uma forma de administração, seguindo princípios que se expandiram para uma escala global, exercendo exercem funções regulatórias. Com isso, propõe-se uma aproximação das práticas divergentes, compreendendo-as como parte de um todo, a fim de inserir na esfera global procedimentos do direito administrativo, nacional e internacional, para realizar a regulação global de governança de maneira responsável⁷.

A partir dessa perspectiva, o direito administrativo global, em sentido lato, é o direito aplicável a todas as situação que ultrapassam os limites dos Estados, mas que podem ter ou tem repercussões na vida administrativa dos mesmos Estados ou dos seus indivíduos. Assim, esse direito pode ser definido como o conjunto de princípios e regras jurídicas que tem por escopo a regulação da organização administrativa pública transnacional e da atividade administrativa dos órgãos que a compõem, bem como, as pessoas públicas ou privadas que são afetadas pelas atividades transnacionais⁸.

7 KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez, p. 16.

8 RODRÍGUEZ, Libardo. *El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo*. Disponível em: <<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/DERECHO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-NUEVO-CAP%C3%8DTULO-2015.doc>>. Acesso em: 8 jul. 2016

Tal regulação, se faz necessária devido ao entrelaçamento dos sistemas autônomos, posto que há uma diversidade de formas de regulação que irão compor o espaço administrativo global, que inclui mecanismos legais, princípios e práticas que afetam, diretamente, a responsabilidade dos órgãos administrativos globais, que encontrarão padrões adequados. Na esfera global, além dos instrumentos formais públicos e privados, há a inclusão de acordos institucionais informais, em algumas vezes não-estatais, que serão responsáveis pela regulação global⁹.

Ademais, a governança global, entendida como uma forma de administração, permite a reformulação das preocupações comuns acerca da legitimidade das instituições internacionais, de forma mais específica e focada, proporcionando uma análise crítica do déficit democrático e dos mecanismos de *accountability*, o que permite maior interação entre as esferas públicas nacional e global. Isso porque o direito administrativo global trata com diferentes ramos do direito, que estão inseridos na administração global, e que até então, foram tratados de forma separada¹⁰.

O direito administrativo global tem levado o desenvolvimento da governança em uma escala multinível, expandindo o campo de atuação das organizações internacionais e dos tratados, os quais trazem funções reguladoras que deixam de ser, exclusivamente, nacionais e se tornam globais. As ações internacionais são combinadas com as nacionais em redes de coordenação global, bem como, decisões globais podem afetar o espaço nacional ou, diretamente, pessoas e/ou empresas¹¹.

Nessa perspectiva, a Administração Pública Global é constituída por um arcabouço jurídico comum a vários Estados, com origens não tradicionais (fontes do direito internacional), possuindo mecanismos próprios de efetividade e de sanção, possibilitando a solução de problemas similares, em virtude do compartilhamento de informações por meios tecnológicos, de forma rápida e eficaz. Por conseguinte, há a criação de consensos, tanto das práticas

9 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade**. Brasília: Uniceub, 2012.

10 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El derecho administrativo que emerge. **Revista de Derecho Público**, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 24, p. 15-28, ene./jun. 2010.p. 16.

11 TRIPATHI, Rajeshwar. **Concept of Global Administrative Law An Overview**. India Quarterly: A Journal of International Affairs 2011 67: 355. Disponível em <<http://iqq.sagepub.com/content/67/4/355>>. Acesso em: 8 jul. 2015, p. 358.

administrativas, quanto da profissionalização da administração pública e privada que se tornam possíveis de forma mais rápida¹².

Ademais, as fontes do direito administrativo global incluem, também, mecanismos legais, princípios e práticas que asseguram que os órgãos busquem padrões apropriados de transparência, de participação, de racionalidade e de legalidade, bem como, favorecem a revisão efetiva das regras e decisões que os organismos tomam¹³, isso revela a pluralidade de fontes normativas que vão além das fontes nacionais, devido à transnacionalidade das relações estatais.

Portanto, há de se concluir que o direito administrativo não está mais afeito somente aos limites internos do Estado. É preciso vislumbrar a figura de um direito administrativo, dentro de um contexto internacional, haja vista que as relações estatais, e, sobretudo, a contratação pública não se restringe ao âmbito nacional. Todavia, o direito administrativo não está alheio ao/do direito internacional, uma vez que as relações administrativas do estado muito se “confundem com o próprio direito internacional público, que se delimitava a aplicação das normas e atuações jurídico-administrativas”¹⁴. Isso se modifica com a presença das organizações internacionais, nas relações administrativa dos Estados, que cria a verticalidade na comunidade internacional, pois se adota uma posição de cooperação, uma vez que as organizações podem atuar em conjunto ou separadamente dos Estados, em assuntos comuns e interesses de ambos¹⁵.

É preciso ter em conta que o direito administrativo se altera a partir das novas relações construídas pelos Estados¹⁶, e que nesse contexto é necessário observar a ótica global sobre a contratação pública que surge com a alteração da teoria clássica sobre a Administração Pública. Inserem-se na lógica administrativa elementos internacionais, que não se finda na ordem jurídica interna, mas sim, no

12 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012, p. 276.

13 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012, p. 28.

14 ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDUL, 2014, p. 446.

15 BORIS, Clémentine. *Rapport Introductif: Histoire des phénomènes administratifs*. Cahiers Internationaux, n. 28, Centre de Recherches sur le Droit Public. Disponível em <<http://www.iilj.org/gal/documents/CBORIEseds-AGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 10ju. p. 36.

16 SILVA, Suzana Tavares da. **Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)**. Disponível em <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016, p. 3.

assentamento de relações com outros Estados, transformando as características do direito administrativo geral, compreendido, na visão tradicional, unicamente sob a égide da lei e do poder democrático do Estado¹⁷.

Há, portanto, a criação de relações intergovernamentais, que necessitará de normas *standards* de direito administrativo, os quais os governos nacionais devem se adequar, a fim de assegurar que os princípios do Estado de Direito sejam respeitados¹⁸. Nesse contexto, a contratação pública está inserida, pois se faz necessário a existência de princípios globais que garantirão maior eficiência ao processo de contratação, seja ela nacional ou internacional.

O domínio público global se forma nesse espaço comunicativo, que traz consigo o critério da transnacionalidade, e permite que diversos atores troquem informações acerca de questões similares, em diversos lugares do globo. Com isso permite-se também a construção normativa motivada pelo diálogo dos administradores públicos¹⁹, possibilitando uma melhor solução e compreensão de assuntos globais.

É nesse cenário que a contratação pública associada ao direito da concorrência deve ser analisada, vez que este espaço administrativo global representa um conglomerado de normas com soluções comuns, que foram aderidas por diversos Estados e atores privados, mesmo sem existir instrumentos jurídicos que prevejam a cooperação entre eles. O que justifica essa relação é o reconhecimento mútuo das partes (atores) envolvidas, pois se constrói um espaço de confiança para compartilhar as informações e encontrar soluções mútuas, dando maior confiabilidade aos processos administrativos, tornando-os mais transparentes e eficientes.

Essa situação de entrelaçamento de soluções e de atores internacionais públicos e privados fez surgir uma responsabilidade e um controle maior das ações dos agentes envolvidos²⁰ na contratação pública, ou seja, há um aumento do processo de *accountability*. Isso é necessário, frente ao crescimento do exercício do poder regulatório global, que promove a extensão do direito

17 SILVA, Suzana Tavares da. **Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)**. Disponível em <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016, p. 3.

18 ARANA, Jaime Rodriguez et. Al. **Derecho internacional de las contrataciones administrativas**. San José: Guayacán, 2011, p. 25.

19 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade**. Brasília: Uniceub, 2012, p. 278.

20 INA. **8º Congresso Nacional de Administração Pública**. 2011. Disponível em: <<http://repap.ina.pt/bitstream/10782/591/1/Accountability%20e%20controle%20social.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016, p. 144.

administrativo nacional além de seu território, bem como, novos mecanismos do direito administrativo global são adotados para enfrentar decisões e normas adotadas nas relações intergovernamentais²¹.

O direito administrativo global traz consigo mecanismos, princípios, práticas e acordos sociais que respaldam e promovem e/ou afetam a *accountability* dos órgãos globais administrativos, a fim de assegurar que se cumpram padrões de concorrência, transparência, participação, tomada de decisões fundamentadas dentro da legalidade, promovendo a efetiva avaliação das normas e decisões que aprovam.

Nessa perspectiva, destaca-se o direito europeu dos contratos públicos, que incorporou as regulamentações e princípios reconhecidos na esfera global para o direito comunitário, e conseqüentemente, para os direitos nacionais dos Estados Membros. Portanto, há a modificação dos modelos clássicos de contratação pública, a fim de criar uma uniformização do regime jurídico dos contratos públicos dentro da União Europeia²².

As novas diretivas europeias sobre contratação pública com base no direito internacional, observadas as normas da OCDE e da OMC, modificam a lógica da concorrência no contexto dos contratos públicos. Assim, expande-se o conceito de concorrência para além da igualdade de participação de todos os interessados, que se trata da concorrência intraprocedimental, passa-se a adotar critérios de concorrência construído, a partir do direito concorrencial. Isso quer dizer, que há concorrência extraprocedimental nos contratos públicos, também.

A diretiva clássica, 2014/24/CE²³ traz alguns dispositivos que chama a atenção para o princípio da concorrência, na contratação pública, como o art. 18, o art. 24, o art. 57 e o art. 67. Esse conjunto de artigos traça a modificação da lógica concorrencial nos contratos públicos, pois, estabelece regras procedimentais desde o comportamento dos participantes, critérios de adjudicação e até a

21 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El derecho administrativo que emerge. *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 24, p. 15-28, ene./jun. 2010. p. 23.

22 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 63.

23 EUR-LEX. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE Texto relevante para efeitos do EEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

exclusão do operador econômico do processo de contratação pública, a fim de manter o processo licitatório concorrencial, em todos os seus aspectos.

Nesse sentido, destaca-se o conteúdo do art. 57, n. 4, parágrafo 1º, alínea “g” Diretiva 2014/24/CE, que traz a possibilidade de excluir determinando participante de um procedimento adjudicatório, o que já era previsto na Diretiva anterior, 2004/18. No entanto, a inovação trazida pela nova diretiva é que as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ainda, os Estados-Membros podem solicitar a exclusão de operador econômico da participação de uma licitação, caso este tenha atuado com irregularidades significativas ou persistente na execução de um ponto essencial de um contrato anterior, bem como, podem ser condenados aos danos e outras sanções com fins reparatórios²⁴.

Verifica-se, portanto, que a novidade trazida pela Diretiva 2014/24/CE demonstra uma preocupação do legislador europeu em garantir os critérios mínimos de transparência, igualdade e concorrência. No momento em que a entidade adjudicante tem a possibilidade de excluir um operador econômico, imediatamente após a averiguação de uma irregularidade em um contrato público anterior, que pode ser uma das práticas restritivas da concorrência, é possível evitar que novamente venha ocorrer. Pode-se afirmar que tal possibilidade se torna viável ante a relação criada entre o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos, em virtude da europeização dos contratos, com foco na concorrência para a própria proteção do mercado interno europeu.

É evidente que não se pode tratar a diretiva europeia como eficaz contra as práticas abusivas da concorrência, nos contratos públicos, posto que ainda é muito incipiente a sua aplicação, sobretudo, por pender de transposição para os direitos internos. Todavia, demonstra a internacionalização e europeização dos contratos públicos, focado na concorrência, tomando como ligação o princípio da concorrência.

Devido a confluência do direito internacional e do direito comunitário no cenário europeu, pode-se inferir que o processo de contratação nos países da União Europeia não atende mais ao critério de que a contratação pública deve

24 QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. **A Exclusão de Operadores Económicos à Luz da Nova Directiva sobre Contratos Públicos** – o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g). Publicações CEDIPRE Online – 22 Disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014. Acesso em 7 de setembro de 2015, p. 8.

respeitar, o direito interno do Estado a qual pertence a Administração Pública²⁵. Ao revés, o direito nacional é o último a ser observado, que de qualquer forma, deve estar em conformidade com as normas comunitárias.

Como se pode verificar, a contratação pública tem sido um dos temas mais preocupantes, nos últimos anos, seja em virtude da crescente cartelização nos contratos públicos ou simplesmente em razão da modernização da legislação dos contratos públicos. Em ambos os casos, é preciso ter em conta que a baixa qualidade dos contratos públicos, as práticas abusivas e a ausência de *accountability* dos gestores públicos refletem diretamente na ineficiência do Estados nos serviços públicos e o bem-estar social dos cidadãos, podendo levar às crises políticas, econômicas e sociais, como vem ocorrendo no Brasil, nos últimos meses.

3. Contratação pública brasileira: necessidade de incorporação dos padrões normativos globais

Este estudo se mostra de fundamental importância para o direito brasileiro, uma vez que é possível pensar uma relação entre o direito administrativo global e o direito administrativo nacional, a fim de melhorar os procedimentos administrativos internos, de modo a inserir nas normas de contratos públicos, as sanções, do direito concorrencial, específicas para as práticas de conclusão nas licitações públicas.

O estudo dos mecanismos do direito global e comunitário em torno do tema da contratação pública revela possibilidades jurídicas importantes, que podem tanto ser utilizadas para o desenvolvimento brasileiro, como podem ter impactos altamente negativos. De um lado, caso o conjunto de políticas públicas e de normas seja efetivo, pode significar o ganho de importantes mercados públicos estrangeiros, mais eficiente e concorrente do ponto de vista intra e extraprocedimental. De outro lado, representa a perda do acesso aos mercados públicos nacionais, pelas empresas brasileiras.

No Brasil, o regime de contratação pública se dá, primordialmente, por meio da Lei n. 8.666/93, que trata de normas para licitação e contratos públicos, regulamentado no art. 37, XXI, da Constituição Federal. Há outras legislações específicas, como a Lei n. 12.232/10, que versa sobre os serviços de publicidade;

25 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 66.

a Lei n. 8.987/95 e Lei n. 9.074/95 que tratam dos serviços públicos, precedida ou não de obra pública e a permissão de serviços públicos; as parcerias público-privadas são previstas na Lei n. 11.079/04; a Lei n. 10.520/02 e Dec. N. 5.450/05 versam sobre pregão e pregão eletrônico, respectivamente. E mais, recentemente, a lei 12.462/11 que tem por objeto o regime diferenciado de contratação (RDC) para obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas²⁶, expandido em 2014 para diferentes setores, bem como, a alteração da Lei Complementar n. 147 que incluiu as micro e pequenas empresas nesse regime.

Todo o arcabouço jurídico brasileiro direcionado para a contratação pública não está preparado para combater as distorções da concorrência. Arrisca-se ainda dizer, que os procedimentos adotados pelas entidades adjudicantes e a própria legislação brasileira promovem a colusão e prática de cartéis. Portanto, é necessário no ordenamento jurídico brasileiro, com base no direito internacional e europeu, criar um espaço de convergência entre direito dos contratos públicos e o direito concorrencial, com sanções direcionadas para as empresas que violem o direito da concorrência.

Ademais, a própria Lei de Defesa da Concorrência, n. 12.529/2011, não está preparada para lidar com as práticas anticoncorrenciais na contratação pública, uma vez que as sanções inseridas, nessa norma, estão direcionadas para toda e qualquer infração contra a ordem econômica. Portanto, possui um sentido lato, não propriamente direcionado aos contratos públicos, que posteriormente a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, vai para o Poder Judiciário analisar a irregularidade penal da medida.

A título de exemplificação do problema, em causa no Brasil, destaca-se que as licitações lideram as irregularidades e são inseridas em práticas corruptivas, decorrente de “troca de favores”, oriundos da campanha eleitoral. Portanto, realiza-se o direcionamento de licitação ou licitações fictícias para que os recursos públicos se mantenham com os fraudadores, acarretando, inclusive em cartéis e práticas colusivas impedindo a concorrência, bem como, diminuindo a eficiência da contratação pública²⁷.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

27 OLAYA, Dr. Juanita; WIEHEN, Michael. **How to Reduce Corruption in Public Procurement: The Fundamentals**. Handbook For Curbing Corruption In Public Procurement, Part I, pp. 13-105, Transparency International, 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1313787>>. Acesso em 10.7.2016

O Programa de Fiscalização, por Sorteio da Controladoria Geral da União, que fiscalizava os municípios brasileiros, anualmente, constatou, de forma seguida, que as irregularidades mais constantes ocorrem nos processos licitatórios. Dentre as anomalias destaca-se a dispensa indevida de licitação, uso da mesma licitação para contratar diversas obras, montagem irregular dos processos licitatórios e vínculos familiares entre os licitantes e o prefeito municipal²⁸. Além do uso de notas fiscais falsas, de empresas ou em nome de “laranjas” e direcionamento dos processos licitatórios²⁹, houve ainda desvio de recursos e de equipamentos, prática de superfaturamento do contrato e pagamento por serviços não realizados³⁰.

Em alguns casos a CGU encontrou irregularidades, como a ausência de numeração de páginas, na contratação da modalidade convite, no valor de R\$ 2,5 milhões, sendo possível a inclusão ou retirada de páginas do documento, bem como, a inexistência de empresas convidadas para a referida licitação. Outra situação foi a existência de vínculo familiar, entre os sócios da empresa vencedora, de várias licitações ocorridas no município e a aquisição de compra de merenda escolar, acima da quantidade necessária. No caso em tela, o município de Pimenta Bueno, em Rondônia, adquiriu seis mil quilos de frango, para utilizar em uma escola, no período de três semanas, a quantidade é equivalente ao consumo de um ano, para todas as escolas do município.

Além desses casos, salienta-se a aquisição de um veículo para a prefeitura, no valor de R\$ 87.5 mil, jamais localizado. Verificou-se, também, que a prefeitura contrata empresas para realizar as obras, mas na verdade são realizadas pelos moradores ou por operários, sem vínculo com a empresa contratada. Por fim, constatou-se que há inclusão de moradores dos municípios como proprietários de empresas que irão participar da licitação, no entanto, esses moradores são

28 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>>. Acesso em 10.7.2016

29 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações lideram indícios de fraude em municípios**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2004/09/licitacoes-lideram-indicios-de-fraude-em-municipios>>. Acesso em 10.7.2016.

30 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios**. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>>. Acesso em 10.7.2016.

agricultores ou empregadas domésticas, que não tem nenhuma relação com a contratação, servindo apenas de laranjas para as licitações irregulares.

Nota-se, portanto, a inexistência do princípio da concorrência nos processos licitatórios, tampouco, mecanismos capazes de coibir as práticas concertadas entre as empresas, bem como, a própria atuação das entidades adjudicantes, que deveriam agir de forma proativa com a concorrência. Isso leva, conseqüentemente, a inúmeros casos de corrupção que envolvem fraudes e cartéis, em licitações, dentre outras irregularidades, como exemplo, a atual investigação do Ministério Público Federal³¹, juntamente, com a Polícia Federal brasileira, chamada de “Operação Lava-Jato”. A investigação teve início em março/2014, envolvendo diversas empresas, políticos, servidores públicos e setores públicos como petróleo e energia, levando o Brasil a uma grave crise institucional, política, social e financeira.

Por essa razão é que se propõe a modificação da lógica do direito dos contratos públicos para a inserção de instrumentos e mecanismos do direito concorrencial, a partir da regulação global proposta pelo direito administrativo global, por meio dos princípios de caráter global, como princípio da concorrência. Desse modo, entende-se a necessidade da modificação da legislação brasileira para incorporar os *standards* globais, a fim de coibir as práticas anticoncorrenciais.

Conclusão

Verifica-se, portanto, uma crescente inter-relação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, motivado, sobretudo, pelo exercício da regulação global, pautada no princípio da concorrência. O atual sistema jurídico europeu de contratos públicos demonstra que há necessidade de concorrência extraprocedimental nos contratos públicos, uma vez que incorpora às diretivas europeias, mecanismos concorrenciais nos procedimentos licitatórios a fim de coibir e sancionar as práticas abusivas da concorrência.

Além disso, conclui-se que a construção de mecanismos concorrenciais aplicáveis a contratação pública é fundamental para estabelecer sanções aos abusos concorrenciais, sobretudo, a formação de cartéis presentes nos mercados de compras públicas. Para tanto, é necessário buscar no direito internacional e

31 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

européu, por meio do Direito Administrativo Global, mecanismos para a melhoria do processo licitatório, principalmente, no que se refere ao processo brasileiro de contratação público, porque as regras vigentes não são suficientes para impedir e punir as práticas de colusão, decorrentes dos procedimentos adjudicatórios.

De igual modo, o princípio da concorrência, no sentido de defesa concorrencial não é aplicável ao Brasil, devendo-se repesar a lógica das licitações públicas, não apenas na eficiência do gasto público e na sua gestão. Mas também, por parte do cidadão, no que se refere ao seu bem-estar social, frente aos serviços públicos.

Entende-se que a defesa da concorrência, nos processos de adjudicação, promove a igualdade e maiores possibilidades de participação, reprime e sanciona as práticas abusivas da concorrência, diretamente, nos contratos públicos. Além disso, promove a melhoria do bem-estar social e a eficiência do gasto público.

Referências

ARANA, Jaime Rodriguez et. Al. **Derecho internacional de las contrataciones administrativas**. San José: Guayacán, 2011.

BORIES, Clémentine. **Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la phère étatique**: tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine. Cahiers Internationaux, n. 28, Centre de Recherche sur le Droit Public. Disponível em: <<http://www.iilj.org/gal/documents/CBORIESeds-AGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016. p. 25-66.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1996.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 27 dez.2017.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 27 dez.2017.

_____. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 27 dez.2017.

_____. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.** Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 27 dez.2017.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 dez.2017.

_____. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.** Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112232.htm>. Acesso em: 27 dez.2017.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios.** Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações lideram indícios de fraude em municípios.** Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2004/09/licitacoes-lideram-indicios-de-fraude-em-municipios>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável.** Lisboa: Almedina, 2013.

EUR-LEX. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE Texto relevante para efeitos do EEE.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de Direito da Concorrência.** Coimbra: Almedina, 2010.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Concorrência e contratação pública** (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública). Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2012.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law** (January 24, 2013). Bovis, C. (ed.) *Research Handbook on European Public Procurement*, Forthcoming. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2206502>>. Acesso em: 6 jul. 2016.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **Competition Law and Public Procurement.** (August 13, 2015). Forthcoming in J Galloway (ed), *Intersection of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2643763>>. Acesso em: 6 jul. 2016

INA. **8º Congresso Nacional de Administração Pública**. 2011. Disponível em: <<http://repap.ina.pt/bitstream/10782/591/1/Accountability%20e%20controle%20social.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El derecho administrativo que emerge. **Revista de Derecho Público**, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 24, p. 15-28, ene./jun. 2010.

KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

OLAYA, Dr. Juanita, WIEHEN, Michael. **How to Reduce Corruption in Public Procurement: The Fundamentals**. Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement, PART I, p. 13-105, Transparency International, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1313787>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. **A Exclusão de Operadores Económicos à Luz da Nova Directiva sobre Contratos Públicos** – o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g). Publicações CEDIPRE Online – 22. Coimbra, setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cedipre.fd.uc.pt>>. Acesso em: 7 set. 2015.

RODRÍGUEZ, Libardo. **El derecho administrativo transnacional o global: um nuevo capítulo Del derecho administrativo**. Disponível em: <<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/DERECHO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-NUEVO-CAP%C3%8DTULO-2015.doc>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDUL, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. **Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)**. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

TRIPATHI, Rajeshwar. **Concept of Global Administrative Law An Overview. India Quarterly: A Journal of International Affairs**, v. 67, p. 355-372, dec.2011.

Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/09749284110670040>>.

Acesso em: 8 jul. 2015.

VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012.

A (Des)proteção social dos
trabalhadores migrantes e as remessas
financeiras: consequências para o direito
internacional econômico

The social deprotection of migrant workers
and financial refunds: consequences
for international economic law

*Alexandre Barbosa de Lucena Leal
Marília Daniella Freitas Oliveira Leal
Vivianne Freitas Oliveira Asfora*

Resumo: O objetivo deste trabalho é investigar a (Des) Proteção Social dos trabalhadores migrantes e o envio de remessas financeiras, abordando as consequências para o Direito Internacional Econômico. As contribuições financeiras constituem um dos grandes contributos dos migrantes para a redução da pobreza e para o desenvolvimento econômico e social dos países de origem, todavia, os direitos sociais desses trabalhadores não são totalmente respeitados, gerando vulnerabilidade. Traça-se, portanto, um panorama geral do fenômeno das migrações e dos aspectos positivos/negativos para a economia trazidos pela entrada dessas pessoas no mercado de trabalho. Com embasamento metodológico a pesquisa foi de cunho teórico numa abordagem qualitativa a partir de fontes legais e documentais. Assim, este trabalho conclui que é necessário o fortalecimento institucional e a maior coerência do regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes, que contemple os interesses dos trabalhadores, dos países de destino e dos países de origem.

Palabras-chave: Trabalhadores Migrantes. Desproteção. Remessas Financeiras.

Abstract: The objective of this work is to investigate the Social Deprotection of migrant workers and the sending of financial remittances, addressing the consequences for International Economic Law. Financial contributions are one of the great contributions of migrants to poverty reduction and to the economic and social development of countries of origin. However, the social rights of migrant workers are not fully respected and generate vulnerability. Thus, an overview of the phenomenon of migration and the positive and negative aspects of the economy brought about by the entry of these people into the labor market is presented. With a methodological basis, the research was theoretical in a qualitative approach based on legal and documentary sources. Thus, this paper concludes that institutional strengthening and greater coherence of the international regime for the protection of migrant workers, which addresses the interests of workers, destination countries and countries of origin are necessary.

Keywords: Migrant workers. Deprotection. Financial remittances.

Introdução

O número de migrantes, no mundo, estimulado pela internacionalização da economia, agravamento da pobreza, crescimento da violência, disparidades sociais e econômicas, e pelas inovações tecnológicas nos setores de transporte e comunicações, cresceu de forma impressionante.

Nesse sentido, este artigo aborda o fenômeno das migrações humanas e suas consequências, com enfoque especial, nas dificuldades que os trabalhadores enfrentam e as consequências advindas das remessas de dinheiro que enviam para seus países de origem, pois, a principal Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias (1990) não foi ratificada, pela maior parte dos países que mais recebem migrantes.

Iniciando a pesquisa, primeiro, serão analisadas as várias categorias de migrantes e o regime internacional de proteção específico, para os migrantes refugiados, baseado na Convenção da ONU de 1951 (Estatuto dos Refugiados), tecendo-se comentários acerca da Convenção Internacional sobre os Direitos dos Trabalhadores migrantes e suas famílias. Por fim, serão apresentadas as consequências econômicas advindas dos deslocamentos humanos, explicitando a relação entre migração e desenvolvimento, no seu aspecto mais concreto, que consiste nas remessas de dinheiro enviadas pelos migrantes trabalhadores aos

seus países de origem, transformando esses valores monetários em instrumentos relevantes para o progresso econômico e social desses países.

1. Das migrações humanas: aspectos teóricos e conceituais

Embora não reconhecido pela totalidade dos Estados do mundo, migrar é um direito de todo ser humano¹, e talvez por isso, o fenômeno das migrações se confunde com a trajetória da própria humanidade. No mundo contemporâneo, os motivos da migração humana são multicausais, ou seja, são resultados de elementos sociais, econômicos, naturais e políticos. Dentre as principais causas estão: a globalização, a xenofobia, as crises econômicas e a reorganização da economia global, as catástrofes naturais, a violação de direitos, os conflitos armados e a violência, de toda espécie. A problemática das migrações se tornou um tema extremamente relevante tanto para agenda política internacional quanto para acadêmicos das mais diversas áreas do conhecimento, uma vez que os conflitos no Oriente Médio, as manifestações xenofóbicas e as ameaças terroristas aumentaram, significativamente, no mundo inteiro.

Nessa perspectiva, há de se compreender esse processo sob várias óticas. Uma delas inicia-se pelo conceito do fenômeno migratório que seria a circulação de pessoas, seja dentro do território (migração ou deslocamento interno), constituindo assim, um movimento migratório interior; seja para fora das fronteiras do país, caracterizando o movimento migratório exterior ou internacional. A imigração, portanto, seria a ação de vir estabelecer-se num país estrangeiro, antônimo de emigração. E desse modo, entender-se-ia a emigração, ou ato de emigrar, como a saída da sua pátria, em massa ou isoladamente, para outro local².

Assim, existem termos específicos para a entrada de migrantes, qual seja: imigração, e, para a saída, emigração. Todavia, o termo, genericamente, mais utilizado na doutrina e para efeitos neste trabalho, é o termo Migrante, que se refere toda e qualquer pessoa que se transfere de sua localidade habitual para outra área. É um termo usado para definir as migrações em geral, tanto de

1 PAIVA, A. L. B. **Fatores impulsionadores da migração internacional**. Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5504:fatores-impulsionadores-da-migracao-internacional&catid=39&itemid=127>. Acesso em: 02 set. 2014.

2 CAVARZERE, T. T. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 9.

entrada quanto de saída de um país, região ou lugar, sem se considerar os motivos do deslocamento. É comum, também, falar em "migrações internas", para tratar de migrantes que se movem dentro do país, e "migrações internacionais" para se referir aos movimentos de deslocamento entre países, além de suas fronteiras³.

Segundo dados das Organizações das Nações Unidas,⁴ nunca tantas pessoas residiram fora de seus países de origem; e o mundo tem hoje 232 milhões de migrantes internacionais (3,2% da população), sendo que 59% deles vivem em regiões desenvolvidas. A Ásia lidera o crescimento do fluxo de migrantes internacionais, com 20 milhões de pessoas ingressando em seu território entre 2000 e 2013, o que indica que o continente deve ultrapassar a Europa nesse quesito, num futuro breve.

A OIM - Organização Internacional para Migrações⁵ conceitua migração como um movimento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, seja por meio de uma fronteira internacional, ou dentro de um Estado, abrangendo qualquer movimento da população, independente de sua extensão, composição e/ou causas, incluindo a migração de refugiados, migrantes internos, migrantes econômicos e pessoas que se deslocam para outros fins, incluindo a reunificação familiar. A OIM estima ainda que existam cerca de 216 milhões de migrantes internacionais espalhados ao redor do mundo e 740 milhões de migrantes internos, significando uma proporção de aproximadamente uma em cada trinta e três pessoas, no mundo, são migrantes, considerando tanto os migrantes internos como os internacionais.

Dos migrantes internacionais, cerca de 60% vivem em países desenvolvidos, e uma em cada dez pessoas que viviam nesses países, era migrante; e uma, em cada setenta, vivia em países em desenvolvimento. A maior parte desses indivíduos se concentravam na Europa, seguida pela Ásia, sendo que a maioria dos migrantes se desloca dentro de seu próprio país (migrantes internos) e, dentre os que cruzam a fronteira, apenas 30% se deslocam de países em desenvolvimento para países desenvolvidos⁶.

3 IMDH. **Glossário**. s.p. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/glossario.htm#migracao>>. Acesso em: 20 agosto 2014.

4 ONU. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. 2012. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/convencao.doc>>. Acesso em: 15 maio 2013

5 OIM. **Informe sobre las migraciones em el mundo**. [S.l.: s.n.],2015.

6 PNUD. **Relatório de desenvolvimento humano: mobilidade e desenvolvimento humano**. Nova Iorque: [S.N.], 2009, p 5-6.

Desse modo, alguns dos países mais pobres do mundo acolhem em seu território uma quantidade significativa de migrantes, em sua maioria, refugiados. Esses dados se confirmam quando se observa que países como Quênia, Paquistão e República democrática do Congo abrigam juntos mais de dois milhões de refugiados, enquanto a Alemanha, país desenvolvido e industrializado, que mais abriga refugiados na Europa, possui menos de 25% desse número, de pessoas na mesma situação⁷. Demonstra-se, assim, o empenho minúsculo dos países desenvolvidos em proteger e amparar essas pessoas.

No contexto das migrações, importa destacar as diferenças entre migrações forçadas e voluntárias, já que inúmeros instrumentos de proteção se baseiam nesses conceitos para, efetivamente, estabelecer a proteção a determinados grupos. Classificam-se os migrantes em voluntários ou econômicos, quando estes se deslocam por motivo de trabalho e crescimento profissional⁸; e, em migrantes involuntários ou forçados (refugiados), aqueles que migram em razão de conflitos, vítimas de tráfico de pessoas, desastres ambientais ou mesmo os que solicitam asilo ou refúgio em virtude de perseguição ou temor fundado de perseguição, por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social e se encontra fora de seu país de nacionalidade e, no caso do apátrida, fora do seu país de residência habitual, que não possa ou não queira a ele retornar em virtude desse temor⁹. A migração forçada, portanto, é sintoma de crises humanitárias e possui diversas manifestações complexas¹⁰.

As migrações também podem ser classificadas de acordo com a natureza geográfica, podendo ser interna ou externa. Os migrantes, forçados ou voluntários, podem, portanto, ser subdivididos em internos ou externos (internacionais). Diz-se migração interna aquela que ocorre no interior dos limites territoriais de um país, e internacional quando os sujeitos ultrapassam

7 ACNUR. **World Refugee day: 80% of world's refugees in developing countries**. 2011. Disponível em <<http://reliefweb.int/node/420969>>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

8 CASTLES, S. **The International politics of forced migration**.s.l. s.n.2003.

9 ACNUR. **Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas**. Disponível: <www.migrante.org.br/migrante/images/arquivos/lei-947-97-coletanea-instrumentos.pdf>. Acesso em: 21 de março de 2015.

10 ZETTER, R.; BOANO, C.; MORRIS, T. **Protecting environmentally displaced people: developing the capacity of legal and normative frameworks**. Oxford: Refugee Studies Centre. 2011. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/pdfs/workshop-conference-research-reports/Zetter-%20EnvDispRep%2015022011.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2012.

as fronteiras políticas estabelecidas entre os Estados. Em relação ao tempo de duração, as migrações podem ser permanentes ou temporárias, caracterizando-se como temporária quando ocorre por um determinado período de tempo em que os migrantes planejam e esperam o retorno à sua morada original; e, permanente quando não há expectativa de retorno, e o migrante tem o local de destino, como definitivo¹¹.

Essa classificação é importante porque é utilizada nos instrumentos normativos de proteção ao Migrante. A Convenção das Nações Unidas de 1951, acrescida pelo Protocolo de Nova Iorque de 1967 é um exemplo de norma que estabelece padrões básicos para o tratamento dispensado, especificamente, ao refugiado, espécie de migrante forçado.

2. Convenção internacional de proteção aos trabalhadores migrantes e suas famílias

A Convenção da ONU de 1951, que consagrou o Estatuto dos Refugiados, surgiu como principal resposta aos anseios dos migrantes diretamente atingidos pelo flagelo da guerra. Vários outros instrumentos, de caráter regional, também foram pensados com o mesmo intuito de proteção a essa categoria de migrantes. Já a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias instituída em 1990¹² é a principal norma de proteção aos migrantes econômicos que não detém *status* de refugiado. Trata-se, pois, de um instrumento regulador de caráter internacional que garante direitos a todos os trabalhadores migrantes, criando padrões mínimos de tratamento e proteção social para aqueles que estejam em situação regular ou irregular. Garante direitos sociais, civis e políticos, tais como: o direito à educação, de associação, além de estabelecer responsabilidades para os países de origem, trânsito e destino, propondo, também, um piso mínimo

11 CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The Age of Migration: international population movements in the modern world**. 4. ed. New York: The Guilford Press, 2009, p. 60.

12 Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Muito embora essa Convenção tenha sido adotada em 18 de Dezembro de 1990 pela Assembleia Geral da ONU, só entrou em vigor treze anos depois na ordem internacional, em 1º de Julho de 2003, após a ratificação do 20.º Estado. Desde então, continua a ser o instrumento menos ratificado dentre os tratados sobre direitos humanos da ONU, embora verse sobre direitos fundamentais e obrigatórios de todos os trabalhadores ao redor do mundo, sejam eles migrantes ou não.

para o tratamento não discriminatório do trabalhador migrante¹³. Embora de extrema necessidade e regulando direitos de importância universal, está praticamente esvaziada, jurídica e politicamente, por contar apenas com a participação de países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, muitos dos quais, são emissores e não receptores de migrantes. Os Estados desenvolvidos, como os Estados Unidos e os que compõem a União Europeia, recusam-se a assinar o Tratado e a dar a devida atenção que o assunto merece¹⁴.

Muitos estrangeiros, ao entrarem num país, numa situação precária e irregular, submetem-se a condições, de trabalho, desumanas. O trabalho escravo é um problema grave que assola o universo dos migrantes, devendo ser encarado como um óbice à proteção dos direitos humanos, desses trabalhadores. Portanto, a ratificação da Convenção pelos diversos Estados do mundo, faz-se necessária e urgente, em especial por aqueles países que são polos de atração de migrantes.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o direito interno dos Estados, por meio de suas normas e dos tratados, dos quais faz parte, são aplicáveis aos migrantes que se encontram em seu território, naquilo que lhes couber. Os migrantes, portanto, sendo regulares ou irregulares, fazem jus a todos os direitos garantidos à pessoa humana, inseridos tanto nas Constituições dos países quanto em leis esparsas, a que estes aderiram, pelo simples fato de se encontrarem dentro dos limites territoriais de determinado país.

Parece lógico, portanto, afirmar que não há que se falar em desenvolvimento dentro de uma sociedade que não respeita os direitos sociais. Não haverá crescimento econômico sustentável, a médio e longo prazo, caso os direitos sociais sejam relegados ao segundo plano e que estes, também, não podem ser fomentados sem o desenvolvimento econômico¹⁵.

13 ONU. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. 2012. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/convencao.doc>>. Acesso em: 15 maio 2013

14 CONECTAS. **Campanha pede adesão do Brasil a Tratado que protege imigrantes**. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/34890-1o-de-maio-dia-de-todos-os-trabalhadores>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

15 FERREIRA, Eduardo P. **Valores e Interesses**. [S.l.: s.n.], 2009.

3. Das consequências econômicas das migrações: o caso das remessas

A dimensão e a complexidade que envolve as migrações faz com que o tema seja assunto muito discutido nas agendas dos vários Estados do mundo. Procura-se entender as dificuldades da questão, mas também, se deve considerar as oportunidades apresentadas pelo fenômeno migratório. Há uma relação intrínseca entre o fluxo de pessoas e entre os países, e a finalidade empregatícia e o desenvolvimento econômico dos países de origem do migrante. Tal fato, se observa porque essa migração pode contribuir para o desenvolvimento dos países de origem e para os países de acolhimento, devido a vários fatores, como: a remessa de fundos, a migração de retorno e o avanço das comunidades transnacionais.

Um estudo realizado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) sobre as consequências da chamada “crise dos refugiados”, demonstrou que o efeito macroeconômico do fluxo de refugiados produz um impacto positivo nos países de acolhimento, dependendo também, da distribuição dos refugiados pelos países europeus e da integração dessas pessoas no mercado de trabalho, traduzindo-se em aumento do Produto Interno Bruto (PIB). Numa simulação demonstrada no relatório, caso a integração dos refugiados no mercado laboral seja positiva, no ano de 2020, o PIB da União Europeia poderá aumentar 0,25%, sendo o crescimento mais expressivo, entre 0,5% e 1,1% para os países que mais acolheram migrantes: Áustria, Alemanha e Suécia¹⁶.

Esta temática envolve questões sociais, jurídicas e econômicas e por esse motivo, a análise da relação entre migrações e desenvolvimento não constitui tarefa simples, tendo em vista a dificuldade de estudar o próprio processo migratório, desde sua terminologia até os motivos que impulsionaram os deslocamentos. A definição de remessas é considerada incompleta e imprecisa, podendo mascarar a realidade e tornar o estudo ainda mais complexo, além da natureza multifacetada do conceito de desenvolvimento que inclui elementos políticos, sociais e econômicos, o que dificulta uma interpretação mais segura¹⁷.

As remessas financeiras constituem um dos grandes contributos dos migrantes para a redução da pobreza e para o desenvolvimento econômico e social dos seus

16 FMI. **The Refugees surge in Europe: economic challenges**. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1602.pdf>>. Acesso em: 24 de mar. 2016.

17 TOLENTINO, N. **Migrações, remessas e desenvolvimento: o caso africano**. [S.l.: s.n.], 2009, p. 26.

países de origem. No aspecto mais concreto, as remessas de dinheiro realizadas por eles contribuem para a circulação de renda e capital entre os Estados e aumenta o poder aquisitivo das pessoas. Estima-se que em 2010, mesmo levando-se em conta as dificuldades geradas pela crise econômica mundial, os montantes de remessas efetuadas somavam US\$ 440 bilhões, mais que o triplo de remessas feitas pelos migrantes, no ano 2000, que totalizaram US\$ 132 bilhões¹⁸.

A ligação entre migrações e as remessas é considerada um importante instrumento para o desenvolvimento desses países, pois, em muitos países pobres, as remessas são a principal fonte de financiamento externo, superando muitas vezes o montante de investimentos dos próprios governos desses países de origem dos migrantes, no setor social. Portanto, as remessas são consideradas fatores de desenvolvimento socioeconômico. Na Índia, em 2005, as remessas equivaleram a mais de duas vezes os investimentos do próprio governo indiano, nos setores de educação e saúde¹⁹.

Desse modo, as remessas são consideradas um dos elementos concretos que ligam o desenvolvimento às migrações, sendo, portanto, o resultado material dos esforços realizados pelos migrantes, que apostaram em migrar em busca de melhores condições de vida²⁰.

Dentre os dez maiores receptores de remessas no mundo estão: Índia (em primeiro lugar), China, México, Filipinas, França, Bangladesh, Espanha, Alemanha, Nigéria e Bélgica. Já no continente americano, o Brasil ocupa o segundo lugar como receptor de remessas, seguido pelo México²¹.

Os migrantes, de países em desenvolvimento, efetuaram remessas para seus países de origem, no total de 240 milhões de dólares, em 2007, o que significou mais que o dobro do valor registrado em 2002. Em 2010, houve um período crítico na economia com a crise do euro na Europa, o que aumentou o nível de desemprego, reduzindo as oportunidades e a retração da economia, diminuiu o fluxo de novos migrantes em várias regiões do mundo e, conseqüentemente, as

18 World Bank. *World developmente report: conflict, security and development*. Washington: [s.n.], 2011.

19 CASTLES, S.; MILLER, M. J. *The Age of Migration: international population movements in the modern world*. 4. ed. New York: The Gilford Press, 2009, p. 60.

20 SCHWEIZER, Luciano. *Remessas de Brasileiros no Exterior*. In: I Conferência sobre as Comunidades Brasileiras no Exterior, Brasileiros no Mundo. Brasília: FUNAG, 2009, p. 279.

21 OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo*. [S.l.: s.n.], 2015.

remessas também foram reduzidas²². Importante ressaltar que a crise financeira enfrentada, entre 2009 e 2011, não significou a total derrocada do envio de remessas, que sofreram um abalo, mas foram de tamanha importância, pois se tornaram fonte de financiamento externo, ainda mais significativo, senão único, para muitos dos países em desenvolvimento.

O volume de remessas dos migrantes para os países em desenvolvimento, em 2011, foi de 372 bilhões de dólares. Em valores totais, incluindo o montante enviado para países de origem que se classificam como de alta renda, as remessas chegaram a 501 bilhões de dólares.

Registra-se, por oportuno, que a elevação da taxa de desemprego no continente europeu e nos Estados Unidos da América tem afetado as perspectivas para os migrantes e contribuído para políticas públicas migratórias mais rígidas, nesses países, embora tenha havido crescimento positivo em quase todas as regiões do mundo, com exceção do Oriente Médio e do Norte da África²³.

Vale ressaltar, as diferenças comparativas entre as remessas dos migrantes aos seus países de origem e os investimentos, uma vez que os valores transferidos a título de remessa constituem fonte voluntária e privada de recursos financeiros. Não são, portanto, meios oficiais e formais de desenvolvimento, não sendo, necessariamente, utilizado com a finalidade de promover o desenvolvimento econômico dos países, de onde os migrantes são originários. Esses valores remetidos não podem substituir o implemento de políticas públicas nacionais para o desenvolvimento e não podem substituir os investimentos estrangeiros diretos. Além disso, não eximem as obrigações assumidas nos vários instrumentos multilaterais voltados ao desenvolvimento pelos países desenvolvidos.

A crise internacional nas migrações comporta visões positivas quanto à dimensão de oportunidades criadas para o incremento da cooperação entre países emissores e receptores de migrantes. Por isso, os países deveriam evitar posturas fechadas e isolacionistas, como aconteceu na Grande Depressão de 1930 e buscar fortalecer, na cooperação internacional, o reconhecimento e fomento das vantagens trazidas pelas migrações, o que resultaria em benefícios

22 FARIAS, Maria Rita F. **Migrações internacionais no plano plurilateral: reflexões para a política externa brasileira**. Ministério das Relações Exteriores. Brasília, 2015. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1130migracoes_internacionais_no_plano_multilateral_23_10_2015.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

23 BANCO MUNDIAL. **Migration and Development Brief**. Disponível em: <[org/INTPROSPECTS/Resources/334934-1110315015165/MigrationandDevelopmentBrief18.pdf](http://org.INTPROSPECTS/Resources/334934-1110315015165/MigrationandDevelopmentBrief18.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2016.

não só para os migrantes e para os países de origem, mas para a economia em termos globais²⁴.

A falta de um arcabouço internacional formal, mais amplo, sobre migrações é um dos elementos que contribui para o aumento da tensão em torno do fenômeno migratório, principalmente, em momentos de crise econômica. A existência de um regime mais eficiente ofereceria mais segurança nas relações entre os Estados, permitindo medidas mais amplas e concretas para enfrentar crises econômicas internacionais, assim como, preveniria a adoção de medidas unilaterais, muitas vezes restritivas, de controle dos fluxos de pessoas. Assim, caso existisse um sistema multilateral com normas e princípios específicos, para coordenar a cooperação entre os Estados, o estabelecimento de medidas reparadoras e/ou preventivas aos efeitos do fenômeno seriam mitigados e, como uma das suas consequências, o desenvolvimento econômico e social seria ampliado²⁵.

No entanto, na contramão dos direitos humanos, a tendência anti-imigrante é o que prevalecer sendo agravada pela situação econômico-financeira desfavorável e a ameaça terrorista em grande número de países. A ausência de discussão ampla e multinível sobre a questão migratória, no cenário internacional, impede a avaliação crítica dos benefícios advindos desse processo e incrementa o receio nos setores da sociedade dificultando mais ainda a integração dos migrantes nos países de destino. Desse modo, observa-se que as fronteiras são abertas aos capitais, aos bens e aos serviços, mas não à circulação livre dos seres humanos²⁶.

O desafio continua sendo abordar a migração como um tema multidimensional, que implica grande esforço de coordenação, harmonização e coerência no âmbito das políticas governamentais, entre os países do mundo, e entre eles e as organizações internacionais. Apesar do crescente interesse

24 GOSH, Bimal. **The Global Economic Crisis and Governance of Human Mobility**. 2010. Disponível em: <http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2010_economic_crisis_human_mobility.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

25 FARIAS, Maria Rita F. **Migrações internacionais no plano plurilateral: reflexões para a política externa brasileira**. Ministério das Relações Exteriores. Brasília, 2015. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1130migracoes_internacionais_no_plano_multilateral_23_10_2015.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

26 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights**. 2008. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=35811693008>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

relativo às migrações, ainda existe uma distância entre o que se recomenda e o que se pratica²⁷.

Assim, em linhas gerais, os migrantes tornaram-se significativos e essenciais para o desenvolvimento econômico, social e cultural dos países de acolhimento, e para suas comunidades de origem. O elo mais visível e concreto entre migrações e desenvolvimento são as remessas financeiras que o migrante faz para seu país de origem. No entanto, essas contribuições não podem ser reduzidas apenas aos valores, em termos quantitativos, que os migrantes conseguem, porque as remessas sozinhas não conduzem a um pleno desenvolvimento. O crescimento econômico e a integração social são as finalidades precípuas que se buscam alcançar quando se analisa a ligação entre migrações e desenvolvimento. O desenvolvimento de um sistema integrado de informação que interligue migrações e remessas seria uma forma de avaliar, de forma mais precisa, um dos aspectos positivos do fenômeno migratório. Além de que, as políticas públicas eficientes de planejamento e incremento do desenvolvimento, aliadas ao acolhimento e promoção de direitos fundamentais são elementos essenciais para uma gestão eficaz, no domínio das migrações humanas.

Conclusão

A globalização econômica e o fim da Guerra Fria alteraram os movimentos migratórios gerando efeitos sobre o mundo todo. O deslocamento de migrantes não vai cessar e, nos próximos anos, esse aumento poderá enrijecer, ainda mais, as políticas migratórias internacionais, já que milhares de pessoas, no mundo, têm se deslocado de seus locais de origem, fugindo de conflitos armados, perseguições raciais e religiosas, fome e pobreza, tornando as migrações humanas fenômenos sociais complexos que envolvem mais de um fator causal.

A categoria de migrantes trabalhadores que não possuem o *status* de refugiados é ainda mais vulnerável, pois essas pessoas entram nos países de acolhimento sem que nenhuma norma específica as proteja. A atual situação dos trabalhadores migrantes e suas famílias necessitam que os países desenvolvidos e em desenvolvimento cooperem acolhendo e ratificando as normas internacionais de proteção social para essas pessoas, tendo em vista o desenvolvimento que elas promovem.

27 TOLENTINO, N. *Migrações, remessas e desenvolvimento: o caso africano*. [S.l.: s.n.], 2009.

A ligação entre as migrações, economia e desenvolvimento é cristalina e indissolúvel, destacando-se o papel que os migrantes desempenham na promoção do desenvolvimento e na redução da pobreza, nos seus países de origem, bem como, o contributo que dão para a prosperidade dos países de destino. O elo mais visível e concreto entre migrações e desenvolvimento são as remessas financeiras que os migrantes fazem para seus países de origem. No entanto, essas contribuições não podem ser reduzidas apenas aos valores, em termos quantitativos, que os migrantes conseguem e que as remessas sozinhas não conduzem a um pleno desenvolvimento.

O crescimento econômico e a integração social são as finalidades precípuas que se buscam alcançar, e o desenvolvimento de um sistema integrado de informação que interligue migrações e remessas seria uma forma de avaliar, de forma mais precisa, essa faceta positiva do fenômeno migratório. Além da necessidade de que as políticas públicas estejam voltadas para o planejamento e incremento eficientes do desenvolvimento, aliadas à promoção dos direitos fundamentais, imprescindíveis para uma gestão eficaz das migrações humanas. Desse modo, o nexos entre migrações e desenvolvimento auxilia aos países desenvolvidos a reduzir o debate sobre a questão migratória aos aspectos mais econômicos, alegando que as questões de direitos humanos e de direitos laborais não têm associação direta com o desenvolvimento econômico.

Os países em desenvolvimento que, em geral, são os Estados de origem dos migrantes salientam os aspectos positivos das migrações como o pagamento de tributos, rejuvenescimento da população e movimentação na economia. A dinâmica da relação, migrações e impactos na economia, é complexa e seu entendimento requer compreensão multinível, ou seja, se faz necessário analisar a questão, em várias perspectivas que não somente a econômica. Mantém-se, portanto, como questão controvertida, na agenda internacional, demandando um foro de debate apropriado para que se possa abordar os diversos aspectos que envolvem a temática e afeta todo o mundo.

Referências

ACNUR. **World Refugee day: 80% of world's refugees in developing countries.** 2011. Disponível em: <<http://reliefweb.int/node/420969>>. Acesso em: 30 maio 2014.

ACNUR. **Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas.** 2014. Disponível em: <www.migrante.org.br/

migrante/images/arquivos/lei-947-97-coletanea-instrumentos.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BANCO MUNDIAL. **Migration and Development Brief**. 2012. Disponível em: <org/INTPROSPECTS/Resources/334934-1110315015165/MigrationandDevelopmentBrief18.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

CAVARZERE, T. T. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CASTLES, S. **The International politics of forced migration**. [S.l.: s.n.], 2003.

CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The Age of Migration: international population movements in the modern world**. 4. ed. New York: The Guilford Press, 2009.

CONECTAS. **Campanha pede adesão do Brasil a Tratado que protege imigrantes**. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/34890-1o-de-maio-dia-de-todos-os-trabalhadores>. Acesso em: 10 maio 2016.

FARIAS, Maria Rita F. **Migrações internacionais no plano plurilateral: reflexões para a política externa brasileira**. Ministério das Relações Exteriores. Brasília, 2015. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1130migracoes_internacionais_no_plano_multilateral_23_10_2015.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

FERREIRA, Eduardo P. **Valores e Interesses**. [S.l.: s.n.], 2009.

FMI. **The Refugees surge in Europe: economic challenges**. 2016. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1602.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.

GOSH, Bimal. **The Global Economic Crisis and Governance of Human Mobility**. 2010. Disponível em: <http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2010_economic_crisis_human_mobility.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

IMDH. **Glossário**. s.p. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/glossario.htm#migracao>. Acesso em: 20 ago. 2014.

LAGES, Rita. La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho Internacional Público. **Revista Tribuna Internacional**, Santiago: Universidade del Chile, v.1, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2012.

OIM. **Migrações internacionais no plano multilateral**. [S.l.: s.n.], 2010.

OIM. **Informe sobre las migraciones em el mundo**. [S.l.: s.n.], 2015.

ONU. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes**. 2012. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/convencao.doc>>. Acesso em: 15 maio 2013.

PAIVA, A. L. B. **Fatores impulsionadores da migração internacional**. s.d. Disponível em:<http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5504:fatores-impulsionadores-da-migracao-internacional&catid=39&itemid=127>. Acesso em: 02 set. 2014.

PNUD. **Relatório de desenvolvimento humano: mobilidade e desenvolvimento humano**. Nova Iorque: [s.n.], 2009.

SCHWEIZER, Luciano. Remessas de Brasileiros no Exterior. In: **I Conferência sobre as Comunidades Brasileiras no Exterior, Brasileiros no Mundo**. Brasília: FUNAG, 2009.

TOLENTINO, N. **Migrações, remessas e desenvolvimento: o caso africano**. [S.l.: s.n.], 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights**. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=35811693008>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

World Bank. **World developmente report: conflict, security and developmente**. Washington: [s.n], 2011.

ZETTER, R.; BOANO, C.; MORRIS, T. **Protecting environmentally displaced people: developing the capacity of legal and normative frameworks**. Oxford: Refugee Studies Centre. 2011. Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/pdfs/workshop-conference-research-reports/Zetter-%20EnvDispRep%2015022011.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2012.

O desrespeito aos tratados internacionais sobre
direitos humanos pelo Tribunal Superior do
Trabalho manifestado no acórdão do processo
nº 0000776-12.2011.5.04.0411

The disregard of international human
rights treaties by the Superior Court of
Labor declared in the judgment of the
proceeding no. 0000776-12.2011.5.04.0411

*José Jackson Nunes Agostinho
Eduardo Rodrigues Brito de Sousa*

Resumo: Este estudo trata da análise do desrespeito aos tratados internacionais de direitos humanos, na decisão do Superior Tribunal do Trabalho acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Sua pertinência para o povo e para o ambiente jurídico, deriva da abordagem da problemática da não aplicação dos tratados e convenções sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, refletindo, de forma negativa na vida dos trabalhadores. Dessa forma, este tema é relevante, já que seu estudo permitiu identificar que são totalmente ignorados a forma de internalização desses/destes tratados, a teoria de convencionalidade e a possibilidade de aplicação pelos tribunais brasileiros, mesmo se tratando de temas consagrados pelo Guardião da Constituição Federal pátria. Logo, com os objetivos alcançados, a partir de uma metodologia bibliográfica, demonstra-se que a Corte Trabalhista desrespeita os mencionados tratados, embora sejam regulados por normas internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Brasil, com status de supralegalidade.

Palavras-chave: Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Adicionais de Periculosidade e Insalubridade. Controle de Convencionalidade. Internalização dos Tratados Internacionais.

Abstract: The study deals with the analysis of the disrespect of international human rights treaties in the decision of the Superior Labor Court on the Possibility of accumulation of the Safety and health risk premiums. The research is pertinent to the people and to the legal environment, because it deals with the problematic of the non-application of the treaties and conventions on human rights ratified by Brazil, thus reflecting negatively on the life of the workers. In this way, a subject of relevance, since the study allowed to identify of internalization of the treaties, the theory of conventionality and a possibility of application by Brazilian courts, themes consecrated by the Guardian of the Federal Constitution, that are totally ignored. Therefore, with the objectives reached, from a bibliographical methodology, demonstration that the Labor Court disregards the above treaties, although these are regulated by international standards ratified by Brazil, with status of supra-legal.

Keywords: International Treaties. Human Rights. Safety and health risk premiums. Conventional Control. Internalization of the International Treaties.

Introdução

Os tratados internacionais de direitos humanos vêm desempenhando um papel fundamental na relação entre os Sujeitos Internacionais, sobretudo pelo histórico de guerras, pois despertam o espírito de cooperação e união, nos mais diversos tipos de negociações. Nesse sentido, os tratados internacionais seguem, articulando-se, nos últimos anos, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, de modo a resguardar a dignidade e os direitos das pessoas, nas nações.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em conjunto com os tratados internacionais e a Declaração Universal de Direitos Humanos, ganhou força na regulamentação das relações de trabalho, a fim de garantir condições dignas aos trabalhadores, haja vista a Revolução Industrial, momento no qual os operários eram tratados de forma humilhante, tendo que trabalhar em condições precárias, ganhando valores aviltantes. Nesse período, inclusive crianças laboravam, até 12 (doze) horas por dia.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo abordar a problemática do desrespeito aos tratados internacionais de direitos humanos, à luz do acórdão do processo n.º 0000776-12.2011.5.04.0411 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual não reconheceu a possibilidade de cumulação dos institutos da insalubridade e periculosidade, embora versem sobre normas de saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, com caráter essencial de normas de direitos humanos, estando em harmonia com o posicionamento dos Países protetores desses direitos. Nesta pesquisa, procurou-se expor o fundamento e a importância da Convenção de Viena, das convenções nº 148 e nº 155 da OIT e a relação dessas com as normas de direitos humanos e com os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Além disso, abordou-se o atual posicionamento do Superior Tribunal Federal (STF) quanto aos tratados em questão, a inserção desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, e o tipo de controle que poderá ser realizado para compatibilizar os tratados internacionais de direitos humanos e as normas internas.

1. A problemática do desrespeito aos tratados internacionais de direitos humanos

Superada a predominância, após milênios, da fonte consuetudinária no direito internacional, que regia a relação entre “Estados”, pautada, sobretudo no *pacta sunt servanda e boa-fé*, surgem, os tratados internacionais, sendo esses, segundo Piovesan, “a principal fonte de obrigação do direito internacional na atualidade”¹. Assim sendo, diferentemente do costume, os tratados internacionais trazem diante da contemporaneidade uma maior segurança jurídica, proporcionalizando estabilidade, haja vista o conteúdo formal e a publicidade que é oferecida.

Nesse sentido, Delgado diz que: “tratados são documentos obrigacionais, normativos e programáticos firmado entre dois ou mais Estados ou entes internacionais”². Já Rezek afirma que “Tratado é todo acordo formal concluído

1 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 156.

entre pessoas jurídicas de direito internacional público, destinado a produzir efeitos jurídicos”³. Ou ainda, nas palavras de Guerra:

Tratado é um termo genérico que pode servir para designar um acordo entre dois ou mais Estados para regular um assunto, determinar seus direitos e obrigações, assim como as regras de conduta que devem seguir, mas em nenhum caso é aplicável a um acordo entre um Estado e uma pessoa privada⁴.

Dessa forma, tratado internacional pode ser conceituado como o conjunto de regras, formalmente escritas, que regulam o cotidiano entre os sujeitos de direito internacional público, na forma ajustada entre si, a fim, principalmente, de alcançar a cooperação.

Logo, os tratados internacionais são de demasiada importância, não só no contexto mundial, em virtude da acelerada globalização que diminui a “distância” entre Estados, porque mitiga as barreiras e possibilita, mais facilmente, a realização de contratos entre eles, como também, no cenário interno, econômico, político, social e jurídico brasileiro, uma vez que por intermédio desses tratados, o País adquire visibilidade e , maturidade internacional, o que influi direta e indiretamente no Sistema brasileiro.

Nesse diapasão, os tratados internacionais caminham sobre direitos humanos de imensurável importância, especialmente para o Brasil, tendo em vista as mazelas sofridas à época da ditadura militar, vivenciadas sob os atos institucionais, decretos do governo militar, sem qualquer partícula de democracia, com supressão de direitos e torturas, que posteriormente, teve como consequência o desenvolvimento do processo democrático no País, o qual desencadeou em uma larga positivação de direitos e garantias fundamentais, na, doravante, conhecida como Carta Maior de 1988, pautados na dignidade da pessoa humana.

Segundo Luño (1991, p. 48 apud PIOVESAN, 2013, p.65):

Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser

3 RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

4 GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional⁵.

Vale destacar, que o direito do trabalho tem relevância no que toca os direitos humanos, frente a sua força de inserção do indivíduo, no atual contexto capitalista, assegurando direitos e garantias, vez que respalda o trabalhador de elementos para adentrar no plano socioeconômico em que coexiste, bem como, contribui para evitar o chamado *dumping social* e, conseqüentemente, uma série de danos sociais.

Entende-se, do mesmo modo, que *dumping social*, segundo Mazzuoli, “é a prática de certos Estados em explorar o trabalhador, desrespeitando padrões trabalhistas mínimos já consagrados, a fim de conseguir competitividade no mercado internacional, na produção de bens a um custo final muito mais baixo do que o normal”⁶.

Ainda, quanto à relação do direito do trabalho e os direitos humanos, destaca Delgado que:

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana⁷.

Tamanha é a importância do direito do trabalho que, em junho de 1919, foi assinada como parte do Tratado de Versalhes, encerrando oficialmente a primeira guerra mundial, a criação da OIT, cuja finalidade era alcançar a paz universal, baseada na promoção da justiça social, através, principalmente, de suas convenções e recomendações, em virtude do sofrimento dos trabalhadores, devido as condições precárias de trabalho à época.

5 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1010.

7 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 85.

No entanto, não obstante a natureza histórica dos tratados internacionais, direitos humanos e convenções da OIT, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) no seu Acórdão decidiu de modo diverso, quando não reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, apesar de serem normas de direitos humanos voltadas para a qualidade de vida, respeito e bem-estar do trabalhador.

Em que pese os vastos argumentos favoráveis à acumulação dos adicionais supramencionados, este estudo foi delimitado ao que diz respeito aos Tratados Internacionais.

Ocorre que o Tribunal Superior do Trabalho, no seu Acórdão do processo n.º 0000776-12.2011.5.04.0411, decidiu pela não cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, passando por cima dos tratados internacionais firmados e ratificados pelo Brasil, em especial as convenções n.º 148 e n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho.

A tese do Tribunal Superior do Trabalho, no entendimento majoritário do TST aponta no sentido da constitucionalidade do § 2º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que impossibilita o recebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade, não merecendo prosperar, em virtude da obrigatoriedade no cumprimento das Convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, e também pela nova forma de pensar quanto à Pirâmide Kelsiana, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, da qual o STF passou a interpretar no sentido de abordar os tratados de direitos humanos, como normas supralegais ou status de emenda constitucional, conforme se verificará.

A mencionada convenção de n.º 148 da OIT foi ratificada pelo Brasil, em 14 de janeiro de 1982, a qual versa sobre proteção e saúde dos trabalhadores no que diz respeito à contaminação do ar, ruídos e as vibrações. Por sua vez, a convenção de n.º 155 da OIT foi ratificada pelo Brasil, em 18 de maio de 1992, para dispor sobre segurança e saúde dos trabalhadores. Ou seja, ambas as convenções tratam, precipuamente da segurança e da saúde no meio ambiente do trabalho, para prevenção de acidentes e danos à saúde do obreiro, haja vista o perigo inerente, de certos tipos de trabalho, como os insalubres e perigosos. Afinal, o local trabalho é onde o trabalhador passa grande parte de sua vida. Percebe-se, também, que essas convenções são normas de direitos humanos, direitos sociais em segunda dimensão, nas quais o Estado tem o dever de agir para proporcionar o bem-estar dos trabalhadores.

Dessa forma, as convenções da Organização Internacional do Trabalho, exercem predominada força de obrigatoriedade, pois não são lançadas de qualquer forma no ordenamento jurídico, passam por todo um procedimento formal externo e interno, que em resumo necessitam de 2/3 dos delegados presentes para aprovação (cada Estado-Membro tem direito de enviar quatro delegados). Tanto é que se o quórum não for atingido, o objeto de votação se tornará uma recomendação, conforme explica Mazzuoli:

As recomendações da OIT são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho sempre que a matéria nelas versada não possa ser ainda objeto de uma convenção. A criação de uma recomendação pode se dar, dentre outros motivos, pelo fato de as disposições aprovadas pela Conferência da OIT não terem contado com número suficiente de adesões⁸.

Já, considerando as palavras de Nascimento acerca das Convenções internacionais, elas: “são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais”⁹. Ademais, depois de celebrado pelo Chefe do Executivo, antes de se tornar norma obrigatória para o Estado-Membro, o Estado da sua origem deve ratificar tal convenção, ou seja, levar para apreciação da autoridade competente, para dessa forma incorporar a convenção ao ordenamento interno, que no Brasil é o Congresso Nacional, para ser previamente analisada, para então ser decidido se ratificada ou não.

Assim, o inciso I do artigo 49 e inciso VIII do artigo 84, ambos da Constituição Federal de 1988, dispõem:

Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

8 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1036.

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.136.

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988, online).

Logo, depois de todo o processo externo e interno, com análise minuciosa pelas autoridades competentes, não é aceitável o argumento da não obrigatoriedade das Convenções da OIT, ou aceitar que simplesmente o Estado as ignore ou deixe de aplicá-las, em virtude de leis internas ordinárias. Até porque, caso o Estado-Membro da OIT não deseje mais aplicar as normas da Convenção, poderá utilizar-se do instituto da denúncia, que de acordo com Nascimento: é “o aviso prévio pelo qual o Estado comunica à OIT a sua disposição de não continuar aplicando as normas contidas na convenção”¹⁰.

Outrossim, o Acórdão do TST contraria o que dispõe, expressamente, a Convenção de Viena, ou Tratados dos Tratados, da qual o Brasil é signatário, cujo tratado foi ratificado em 2009. A convenção dita que não é permitido o Estado alegar o seu direito material interno para se esquivar das responsabilidades advindas das ratificações dos tratados internacionais, *in verbis*: “artigo 27 - uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Essa regra não prejudica o artigo 46”.

De forma elucidativa, acerca do assunto Mazzuoli ensina que:

A Convenção de Viena não permite, como regra geral, que o Estado invoque seu Direito interno, para eximir-se das responsabilidades decorrentes do compromisso assumido (art. 27). Para essa norma ampla, prevê, entretanto, uma exceção: se o consentimento em obrigar-se foi expresso em violação a uma disposição interna sobre a competência para concluir tratado, e desde que a violação seja manifesta e se refira a uma regra de seu Direito interno de importância fundamental, o Estado pode eximir-se de cumprir o pactuado (art. 46). A expressão regra de seu direito interno de importância fundamental deve ser interpretada em sentido restritivo: fundamental é a Constituição do Estado, o Direito Constitucional vivo e efetivo, tal qual aplicado e entendido. A competência, entretanto, pode se referir: ao Poder (ou órgão, se for o

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.137.

caso) ao qual ela é atribuída, para a conclusão do tratado, ou à própria matéria objeto do pacto¹¹.

Dessa forma, tratando-se de direito material interno, o Estado não poderá alegá-lo para não cumprir os Tratados assumidos, já que não cabe exceção. Comporta, porém, no aspecto formal, exceção no caso da competência ou matéria, sendo necessário ainda o confronto com a Carta Magna brasileira, o que não se encontra no presente Acórdão supracitado. Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho tão pouco poderia, no seu Acórdão, arguir a incompatibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, em face das leis ordinárias da Consolidação das Leis do Trabalho, para justificar a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade (normas de direitos humanos), tendo em vista a Emenda Constitucional n.º 45/2004 e o atual posicionamento do Superior Tribunal Federal.

Ocorre que aquele era um entendimento que prosperou, a partir do julgamento do processo 80.004-SE, do ano de 1977, julgamento do qual o STF fixou opinião de que os tratados internacionais teriam igualdade de posição com as leis federais, ou seja, as leis internas do País poderiam revogar os tratados anteriores, o que se tornou propício na ocasião, haja vista, o período militar e os decretos que a todo tempo eram emanados à época.

Todavia, esse entendimento está superado, pois o Superior Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/2008 entendeu que com o advento da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que houve no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a introdução do parágrafo 3º, do qual os tratados internacionais de direitos humanos que percorressem o rito formal, com aprovação de *quórum* qualificado, teriam *status* de emenda constitucional, já os tratados internacionais que ocorressem pelo rito acima, seriam norma supraleais, ou seja, estariam acima das leis e abaixo da Constituição.

Dessa forma, devem prevalecer as convenções n.º 148 e n.º 155 da OIT, já que tratam de direitos humanos, tendo o nível de norma supraleal, já que não houve a aprovação pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, conforme o STF. Portanto, acima da Consolidação das Leis do Trabalho e abaixo da Constituição Federal.

11 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 288.

Para Mazzuoli, todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia de norma constitucional e acrescenta:

Caso não se entenda que as convenções da OIT têm hierarquia de norma constitucional no Brasil, não se pode deixar de atribuir-lhes o nível, no mínimo, *supralegal*, a partir decisão do STF no RE 466.343-1/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008 [...]. De uma forma ou de outra, a superioridade hierárquica das convenções da OIT relativamente às leis ordinárias terá repercussão na aplicação judiciária de diversas normas do art. 7º da Constituição (direitos dos trabalhadores urbanos e rurais) combinadas com os direitos previstos nas convenções adotadas pelo Brasil¹².

Aliás, o entendimento acima corrobora com o inciso XXIII do artigo 7º da Constituição Federal, que sem nenhuma ressalva, diz que o adicional de insalubridade e periculosidade é um direito do trabalhador. Portanto, total consonância entre as convenções da Organização Internacional do Trabalho e a Constituição Federal de 1988.

Diante dessa mudança decorrente da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e principalmente do julgado do STF, que foi um marco no que se refere ao surgimento de um novo tipo de controle, qual seja, o chamado controle de convencionalidade das leis, no aspecto concentrado, perante o STF. Esse controle de convencionalidade (difuso ou concentrado) é uma espécie de proteção aos direitos humanos, porquanto compatibiliza as normas internas com os tratados internacionais de direito humanos, de modo a respeitar os tratados que foram ratificados pelo Brasil. Acerca da convencionalidade, nas palavras de Mazzuoli:

O controle de convencionalidade poderá ser difuso ou concentrado, neste último caso quando o tratado de direitos humanos for aprovado pela sistemática do art. 5, § 3º, da Constituição e entrar em vigor no Brasil (entenda-se, após ratificado...) com equivalência de emenda constitucional¹³.

12 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1032-1033.

13 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 383.

Portanto, infere-se que é plenamente possível o controle de convencionalidade pelos Tribunais Superiores, quando provocados, na medida que são os responsáveis em interpretar, controlar e aplicar o direito. Entretanto, os Tribunais Superiores devem respeitar a Constituição Federal brasileira e posteriormente, os tratados internacionais de direitos humanos, pois esses, além da natureza em que se fundam, estão alinhados no interesse do bem comum mundial.

Conclusão

Pelo exposto, percebe-se o progresso dos tratados internacionais de direitos humanos no contexto mundial e os seus reflexos nos Estados, ao longo do tempo, pois, por intermédio deles se tem alcançado a harmonia nas relações entre os Estados. Nota-se, também, a contribuição do direito do trabalho, para proteção da dignidade da pessoa humana, unificando normas através da Organização Internacional do Trabalho, de modo a garantir os direitos sociais aos trabalhadores e alcançar a justiça social.

Cumprir mencionar que, a partir do momento que o Brasil ratificou as convenções da OIT, em especial, a de nº 148 e n.º 155, assumiu compromisso perante os Entes Internacionais e os trabalhadores brasileiros de respeitar a sua integridade, observando as questões relativas a saúde e ao meio ambiente do trabalho. Verifica-se, ainda, a natureza de direitos humanos das mencionadas convenções e a sua relação com os adicionais de insalubridade e periculosidade, bem como, a obrigatoriedade de aplicação das convenções da OIT, quando ratificadas pelo Brasil, haja vista, a natureza do tratado e o extenso procedimento formal que é adotado para sua aprovação.

Após análise, quanto a inserção dessas convenções no ordenamento jurídico interno, constatou-se que as convenções de n.º 148 e n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho, adentram no ordenamento jurídico brasileiro como normas supralegais, pois apesar de serem normas de direitos humanos, não obedeceram ao formalismo do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, portanto, estão abaixo da Carta Magna, prevalecendo sobre as leis ordinárias.

Conclui-se que, embora o peso desses tratados, em especial as convenções n.º 148 e n.º 155 da OIT que versam, como exposto, sobre segurança e saúde no meio ambiente do trabalho, tudo em consonância com a Constituição Federal, ainda assim, o Tribunal Superior Trabalho acolheu a Consolidação das Leis

do Trabalho em detrimento dos tratados internacionais de direitos humanos, ignorando o controle de convencionalidade, o caráter de supralegalidade dessas normas e o entendimento da mais Alta Corte brasileira.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado>. Acesso em: 03 jul. 2016

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 03 jul. 2016

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Recurso de Revista nº 0000776-12.2011.5.04.0411, da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 20 mai. 2015, Data de Publicação: DEJT 22 maio 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/convention>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Uma análise da proteção aos direitos fundamentais e do acesso à justiça trabalhista do imigrante ilegal no Brasil

An analysis of fundamental rights' protection and access to labor justice of the illegal immigrant in Brazil

*Mateus Rodrigues Lins
Thiago Pessoa Colares
Vanessa Batista Oliveira*

Resumo: Este artigo tem por escopo a análise da perspectiva jurídica que envolve a figura do imigrante ilegal, em especial, aquele que, ao se estabelecer em território brasileiro, passa a trabalhar e ter seus direitos trabalhistas violados. Assim, essa pesquisa aborda implicações inerentes à situação jurídica desses trabalhadores, bem como, os principais impactos decorrentes das relações desenvolvidas por eles diante da ótica dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional, objetivando a análise de um efetivo acesso à justiça. Para isso, este trabalho propõe a solução por meio de uma substituição processual através de sindicatos. Parte-se dessa perspectiva, tencionando compreender como a legislação trabalhista deve ser interpretada e aplicada, para assimilar o comportamento jurisprudencial envolvendo a figura do imigrante ilegal, destacando decisões de tribunais trabalhistas brasileiros, com o intuito de chegar a alguma conclusão a respeito da garantia de um efetivo acesso à justiça, para tais trabalhadores.

Palavras-chave: Imigrantes ilegais. Acesso à justiça. Direitos trabalhistas. Direito constitucional. Comportamento jurisprudencial.

Abstract: The study aims to analyze the legal perspective of the illegal immigrant, particularly the one who, establishing itself in the Brazilian territory,

starts to work and has his labor rights violated. Thus, the research addresses implications inherent to the legal situation of these workers, as well as what are the main impacts resulting from the relations developed from the viewpoint of fundamental rights and legislation, aiming at the analysis of an effective access to justice. In this context, this scientific work proposes a solution by means of a procedural substitution through unions. It starts from this perspective, intending to comprehend how the labor legislation should be interpreted and applied, to, then, assimilate the jurisprudential behavior involving the illegal immigrant, highlighting decisions from Brazilian labor courts, in order to, finally, reach conclusions about the guarantee of an effective access to justice for the workers.

Keywords: Illegal immigrant. Access to justice. Labor rights. Constitutional rights. Jurisprudential behavior.

Introdução

O mundo em geral tem presenciado grandes fluxos migratórios decorrentes de conflitos no Oriente médio, desastres ambientais ou busca individual pela integração em novos mercados de trabalho. A imigração para o Brasil decorre das situações citadas, e não tem se restringido, meramente, a quesitos legais para sua admissão em território brasileiro, como acontece em outros países. Aqui, há também, uma constante busca pelos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, a problemática gira em torno do fato de que muitos imigrantes irregulares, principalmente os provenientes de países latino-americanos, na tentativa de sobreviver, submetem-se ao desenvolvimento de atividades laborais em que sofrem frequentes abusos que ferem aos direitos trabalhistas. Em razão dessa situação de vulnerabilidade, os imigrantes são silenciados pelo medo, uma vez que correm risco de deportação. Assim, os patrões tiram proveito dessa condição, usando-a para coagi-los mantendo a operação de suas atividades.

Nesse limiar, a situação de clandestinidade torna muito árduo o acesso à justiça para essa parcela populacional, dificulta o reconhecimento do seu vínculo trabalhista e, conseqüentemente, impossibilita a obtenção de qualquer indenização e de outros direitos trabalhistas.

Nesta pesquisa, objetiva-se entender, na perspectiva do acesso à justiça, a forma mais efetiva de garantir os direitos fundamentais e trabalhistas dos imigrantes ilegais que exercem labor em território brasileiro, tendo em vista as constantes

violações a seus direitos. Nesse viés, realizou-se pesquisa bibliográfica exploratória, em artigos científicos, tendo em vista o aprimoramento de ideias, com abordagem qualitativa, uma vez que procura-se maior compreensão das ações nas relações humanas, bem como, aprofundar observação dos fenômenos sociais.

1. O tratamento aos imigrantes de acordo com a legislação infraconstitucional

O art. 4º do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) apresenta um rol de espécies de visto que pode ser vinculado a questão imigratória, servindo àquele que vem em busca de trabalho, para ser considerado “estrangeiro residente no país”, com todas as prerrogativas e direitos apontados pelo art. 5º da Constituição Federal, que deve, necessariamente, portar um visto permanente¹, por exemplo, caso adotada interpretação literal da lei².

Podendo ficar condicionado ao prazo de até cinco anos, o visto permanente representa relação do estrangeiro com o desenvolvimento econômico do país onde está residindo. Assim, nas relações privadas, apenas aquele que tem o visto permanente nomeia-se imigrante³. Nessa perspectiva, o art. 16 do estatuto, em seu parágrafo único, elucida a mão de obra especializada como condição à entrada de imigrantes em território nacional. Contudo, há controvérsia fática mostrada em dados levantados pela Coordenação Geral de Imigração (CGIg) do Ministério do Trabalho e Emprego, em que o número de imigrantes com menor nível de escolaridade tem aumentado. Esse importante fato demonstra a entrada elevada de pessoas com menor possibilidade de ingresso no mercado de trabalho formal, que vivem a margem do acesso à justiça, e que, em decorrência disso, tornam-se mais propícias a sofrerem violações de caráter trabalhista.

1 Conforme o art. 17 da Lei nº 6.815/80, para a obtenção do visto permanente, devem restar satisfeitos os requisitos do art. 5º do referido estatuto, bem como, eventuais exigências de natureza especial previstas em normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração.

2 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.651.

3 BATISTA, V. O.; PARREIRA, C. G. **Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb82>>. Acesso em 14 mar. 2016.

O imigrante ilegal é aquele que nunca obteve qualquer documento que legalizasse sua situação, antes ou após ingressar num país estrangeiro, ou porque possui documento com visto não compatível à sua condição.

Assim, evidenciada a ilegalidade, se torna necessário enfrentar a questão desse tipo de imigrante, não a partir da sua característica de estrangeiro despedido de cidadania, mas mediante sua condição de ser humano despedido de direitos e garantias fundamentais, como o próprio acesso à justiça, que é imprescindível para que possa pleitear, em âmbito judicial, a cessação da violação de seus direitos.

2. A lógica e a amplitude dos direitos fundamentais em face dos imigrantes ilegais

Segundo George Marmelstein⁴, os direitos fundamentais são normas jurídicas que mantêm estreito vínculo com a ideia de Dignidade da Pessoa Humana, bem como, com a limitação do poder estatal, positivadas no âmbito constitucional do Estado Democrático de Direito, a ponto de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico pátrio. Nesse Ínterim, precisa ser feito a análise da Constituição Federal em conformidade com o conceito exposto, primeiramente quanto às disposições do *caput* do art. 5º, inserido no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que expressa o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Assim, conclui-se que se a interpretação literal do texto for aplicada, somente seriam titulares de direitos fundamentais, os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, restando outros, excluídos do âmbito da proteção judicial que de acordo com tal hermenêutica, são os estrangeiros não residentes. Se assim fosse, aqueles que não tivessem ânimo definitivo de permanecer no Brasil, como os turistas ou estrangeiros, que não obtivessem visto permanente, não mereceriam proteção do Estado, ficando à margem do mundo jurídico. Tal entendimento restaria por contribuir para a manutenção de imigrantes

4 MARMELSTEIN, G. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.20.

ilegais no país, em condições de trabalho análogo à escravidão, fomentando a impunidade dos empregadores que os contratam.

Posto isso, se torna necessária a leitura do parágrafo 2º, art. 5º da Constituição Federal, que traz no âmbito dos direitos fundamentais a ideia de abertura material da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A interpretação do dispositivo permite compreender que, além dos direitos fundamentais expressos no rol do mencionado artigo 5º, existem outros que, pelo próprio conteúdo, também, se enquadram no corpo fundamental da Constituição, ainda que não constem no catálogo. Sendo assim, visualizam-se duas categorias de direitos fundamentais: *direitos formal e material*, compreendendo aqueles que estão expressos na Constituição formal, e direitos apenas materialmente fundamentais, não expressos no texto constitucional⁵.

As constituições do Estado Social Democrático representam documentos de transformação da realidade, buscando ampliar a pauta democrática do Estado pela maior abertura constitucional, alicerçando um conjunto de “normas, princípios e programas, sujeitos a variadas possibilidades exegéticas e esquemas de aplicabilidade”⁶. Assim, a partir da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, é possível concluir que podem existir outros direitos fundamentais explícitos e implícitos em todo o texto constitucional, bem como, nos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte. Abre-se, portanto, a possibilidade de serem incluídos aos direitos fundamentais do trabalhador, presentes no art. 7º da Constituição Federal, outros princípios como aqueles que constam nos títulos “Da Ordem Econômica” e “Da Ordem Social”, valorizando o trabalho humano como meio para assegurar a existência digna, pautada nos ditames da justiça social e do bem-estar coletivo⁷.

Nesse sentido, o art. 5º da Constituição Federal deve ser aplicado mediante interpretação conforme a Constituição, uma vez que não pode ser ignorada a Dignidade da Pessoa Humana, inerente a todo ser humano, sendo a valorização

5 SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.80-82.

6 CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, p.35-36.

7 Ibidem

do trabalho condição para implementação de uma ordem social e econômica justas, cabendo, ao imigrante ilegal reivindicar direitos trabalhistas por meio das mesmas garantias constitucionais outorgadas aos nacionais.

A interpretação a ser feita em torno do dispositivo supracitado, no momento em que aponta serem os direitos fundamentais atribuídos a brasileiros e “estrangeiros residentes no país”, diz respeito tão somente a dimensão territorial, a qual se aplica a tutelados os direitos fundamentais, certificando que a proteção desses direitos é inerente a ordem jurídica brasileira⁸.

Importa ainda afirmar que os direitos fundamentais devem se pautar no princípio da universalidade, sendo cabível a qualquer pessoa, nativo ou estrangeiro residente ou não, diretamente fundados na dignidade humana. Sendo assim, uma eventual ilegalidade da permanência de um estrangeiro no Brasil, ainda que possa gerar sanções, não importa no afastamento da titularidade dos direitos fundamentais pelo imigrante⁹. Seguindo esse limiar, José Afonso da Silva¹⁰ afirma que por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, os tratados dos quais o Brasil faz parte repercutem no âmbito interno do país, devendo, portanto, ser reconhecida a condição humana a toda e qualquer pessoa, tendo em vista a incidência de tratamento digno, uma vez que a República Federativa do Brasil é subscritora da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em razão do exposto, ficam assegurados aos imigrantes ilegais, como direitos fundamentais pautados na dignidade humana e no conceito de abertura material da constituição, os direitos e garantias trabalhistas, sendo totalmente devido o efetivo acesso à justiça.

3. Acesso à Justiça trabalhista por meio de sindicatos

A garantia de acesso à justiça está prevista na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXXV, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É, portanto, uma garantia fundamental,

8 SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais.** 2011. 285 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná, 2011.

9 SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 213.

10 SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.193.

inerente a todo ser humano, cidadão ou mero integrante da população nacional, o encontro com a ordem jurídica brasileira e o acesso à justiça. O art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirma essa ideia, dispondo que “Todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo dado pelos tribunais nacionais competentes contra os atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Segue-se o preceito universalista dos direitos fundamentais, não podendo os juízes e tribunais de Estado que tenham ratificado a Declaração Universal dos Direitos do Homem se negar a conceder prestação jurisdicional, nos casos em que tenha havido violação de direitos fundamentais de um estrangeiro, ainda que ele se encontre em situação de ilegalidade¹¹.

Importa, porém, dissociar a visão de acesso à justiça, da mera possibilidade de acionar o Poder Judiciário, já que, muitas vezes, o simples “ingressar” não é bastante para obter uma justa prestação jurisdicional. O termo “acesso à justiça” deve ser entendido como acesso a uma ordem jurídica justa¹², sendo indispensável que se observe as regras do devido processo legal, garantindo a participação dos litigantes de forma intensa na formação do convencimento do juiz.

Sendo assim, apesar da possibilidade de vir o trabalhador a ingressar com ação na Justiça Trabalhista, por meio do *jus postulandi*, atuando pessoalmente, sem necessidade de advogado, não se pode negar a ele o direito relativo à assistência judiciária gratuita e à substituição processual por meio de sindicato, fator que melhor proveria o acesso a uma ordem jurídica justa, uma vez que a atuação em juízo se tornaria muito mais eficaz do que a atuação pessoal do trabalhador, o qual, geralmente, não detém conhecimento jurídico suficiente para conduzir o processo de maneira adequada.

3.1 Substituição processual por sindicato e assistência judiciária gratuita

Aqui, cabe buscar a compreensão da operabilidade da proteção aos imigrantes que trabalham ilegalmente no Brasil e como deve ser viabilizado o seu acesso à justiça, por meio dos sindicatos.

11 CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.320.

12 CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.39-40.

O Brasil adotou o princípio da Unicidade Sindical, tendo em vista a recusa da convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se enquadra entre as convenções de óbice fundamental. A Unicidade Sindical compreende que para cada zona territorial haverá apenas um sindicato atuante em representação de determinada categoria, configurando-se impossibilitada a existência de mais de um sindicato dotado de representatividade, em um mesmo espaço geográfico¹³.

Dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Esse dispositivo foi alvo de diversos entendimentos, principalmente no que diz respeito à possibilidade de atuação do sindicato como substituto processual, já que alguns consideravam que tal substituição estaria condicionada às hipóteses previstas em lei infraconstitucional, enquanto outros defendiam a inexistência de restrições para isso¹⁴. Prevaleceu, por fim, o entendimento de que a substituição processual pelo sindicato deve se dar, de forma ampla, sem restrições.

O sindicato poderá agir como substituto processual, atuando em nome próprio na defesa de direitos individuais homogêneos alheios, quais sejam “aqueles que se originam da mesma situação fática ou jurídica, cujos titulares são determinados, o interesse seja divisível e as questões comuns predominem sobre as individuais”¹⁵.

No caso dos imigrantes ilegais, para que se torne possível a defesa de seus direitos individuais homogêneos, mediante substituição processual por sindicato, devem ser eles pertencentes à mesma categoria profissional, tendo a violação de seus direitos sido oriunda da mesma situação fática ou jurídica. Tal mecanismo permite, a esses trabalhadores, maior efetividade no acesso à justiça, uma vez que racionaliza a prestação jurisdicional, visando, caso houvesse multiplicidade de ações individuais, o resguardo de relações fático-jurídicas semelhantes, a fim de evitar a prolação de decisões judiciais contraditórias. Aumenta-se, dessa maneira, o poder negocial dos sindicatos, possibilitando melhor resguardo dos

13 CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015.

14 LAURINO, S. F. de L. **Questões atuais sobre a substituição processual**. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/14_Artigo.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

15 SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 340.

direitos defendidos e o acesso do imigrante à ordem jurídica por meio de defensor, com conhecimento suficiente para demandar em juízo de forma eficaz¹⁶.

É concedido, ainda, a qualquer empregado, incluindo o imigrante ilegal, o direito de ser representado em ação individual por sindicato, conforme dispõe o art. 791, §1º, da CLT, requerendo em juízo assistência judiciária gratuita. Será dispensado do pagamento das despesas processuais, segundo o art. 14, §1º, da Lei nº 5.584/70, aquele que receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando o mesmo benefício assegurado ao trabalhador que perceber maior salário, desde que prove que sua situação econômica não permite que demande sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

3.2 Aplicação da lei trabalhista em território brasileiro

Tendo em vista que soberania é o poder exercido por um Estado dentro de seu território, conclui-se que as leis aplicadas em prol dos imigrantes ilegais será a lei brasileira, em razão do princípio da Territorialidade¹⁷. Desta feita, pode-se falar na aplicação da principiologia trabalhista brasileira para os imigrantes ilegais, argumentando, com base no princípio da Primazia da Realidade, que, sendo cumpridos os requisitos da relação de emprego, garantem-se ao imigrante as proteções outorgadas ao empregado brasileiro, o qual é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Fala-se, então, do princípio da Proteção para eleger as condições e normas mais favoráveis ao empregado, bem como, do Princípio da Irrenunciabilidade e da Prevalência das Normas Trabalhistas, voltando-se ao bem maior: a Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência pátria, conforme pode-se observar no julgado do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 12ª Região:

TRABALHADOR ESTRANGEIRO SEM VISTO PARA
TRABALHO EM SOLO BRASILEIRO. VÍNCULO DE EMPREGO.
POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E DE APLICAÇÃO DA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

16 LORA, I. M. B. **Substituição processual pelo sindicato**. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/05_Artigo_Ilse_M._Bernardi_Lora.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

17 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 137-138.

O fato de o trabalhador estrangeiro não deter visto emitido pela Polícia Federal para permanência e trabalho em solo brasileiro, apenas como turista, e ainda vencido, não impede que se aplique a legislação trabalhista brasileira, tampouco o reconhecimento de vínculo de emprego, por aplicação do princípio do valor social do trabalho (CF, art. 170, caput), dos direitos fundamentais à igualdade e à dignidade humana (CF, art. 5º, caput) e do disposto no Decreto n. 6.964/2009 - Acordo Sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL -, que garante aos cidadãos dos Estados do Bloco a igualdade na aplicação da legislação trabalhista, independentemente da regularidade da situação migratória. (TRT-12 - RO: 00002858520145120052 SC 0000285-85.2014.5.12.0052, Relator: JOSE ERNESTO MANZI, SECRETARIA DA 3ª TURMA, Data de Publicação: 11/09/2015).

Ressalta-se a aplicação do Valor Social do Trabalho, presente no art. 170 da Constituição Federal, ratificando o entendimento esboçado no presente estudo inerente a abertura material da Constituição. Outro caso a ser explorado mostra como a jurisprudência trabalhista tem se comportado frente à proteção dos direitos fundamentais dos imigrantes:

TRABALHADOR ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROVANDO A REGULARIDADE DO INGRESSO E PERMANÊNCIA NO BRASIL. IGUALDADE ENTRE BRASILEIROS E ESTRANGEIROS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO E CONECTÁRIOS LEGAIS DEFERIDOS. Primeiramente, impõe-se destacar o fato de que a Constituição Federal assegurou a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, mormente no que tange à tutela dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o caput do artigo 5º da Lei Maior foi redigido da seguinte forma: "5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:". Importante observar, ademais, que ao firmar contrato de emprego o trabalhador, em última análise, busca assegurar o próprio sustento por meio da percepção de parcelas cuja natureza é eminentemente alimentícia. Assim, não há como negar o fato de que

o adimplemento de tais direitos visa proporcionar ao obreiro o acesso ao núcleo essencial de outros direitos fundamentais, como educação, vestuário, lazer, higiene, moradia, etc. Expostas tais premissas, emerge de forma clara a conclusão de que a manutenção da r. sentença é a única maneira de dar efetividade, no caso concreto, à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). Não se pode perder de vista, demais disso, que a força de trabalho despendida pelo trabalhador gerou riqueza para o empregador, que deve suportar a contra prestação devida, sob pena de enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Não bastasse o amparo constitucional e axiológico exposto acima, faz-se mister mencionar a existência de regra jurídica criada com o condão de regulamentar especificamente hipóteses como esta que se afigura *in casu*. (TRT-2 - RO: 00005534620135020055 SP 00005534620135020055 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 24/09/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 04/10/2013).

Dos casos em tela, percebe-se que o raciocínio desenvolvido neste trabalho encontra respaldo jurisprudencial para sua fundamentação, o que vem a facilitar sua defesa quanto à possibilidade da substituição processual, por parte de sindicatos, em casos que envolvam imigrantes em situação irregular, com finalidade de legitimar a previsão do efetivo acesso à justiça, garantindo uma ordem jurídica justa com o intuito de combater relações de trabalho, por vezes em condições análogas à escravidão, que violam direitos e garantias fundamentais.

Conclusão

A problemática do presente estudo resume-se ao questionamento que paira sobre o imigrante ilegal, no sentido de analisar a incidência de direitos fundamentais e trabalhistas que o protejam em eventuais relações de trabalho, de modo a compreender seus meios de acesso à justiça e assimilar o comportamento da justiça trabalhista em casos que envolvam temas de tal complexidade.

Desse modo, foram analisados a força e a eficácia dos direitos fundamentais diante da situação do imigrante irregular, a substituição processual por parte dos sindicatos como forma de garantir o acesso a justiça, a sistemática da aplicação da norma brasileira e, por fim, foi realizado um estudo de casos emblemáticos que confirmaram as suposições no estudo.

Conclui-se, que o imigrante ilegal, apesar da situação de irregularidade, goza de direitos – principalmente os de caráter fundamental – e que a principiologia trabalhista e constitucional o abrange de forma a protegê-lo em relações de trabalho que violem direitos garantidos pela Constituição de 1988 e pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Desta feita, o acesso à justiça desses trabalhadores deve ser contemplado pelo Estado e facilitado pelos Sindicatos, por meio da substituição processual que deve se dar, de forma ampla.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BATISTA, V. O.; PARREIRA, C. G. **Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb82>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Previdência Social – Coordenação Geral de Imigração (CGIg)**. Relatório Estatístico das Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4FF110CB0153321BB87F5A40/Relat%C3%B3rio%20CGIg.29.02.2016.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça

do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015.

CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LAURINO, S. F. de L. **Questões atuais sobre a substituição processual**. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/14_Artigo.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

LORA, I. M. B. **Substituição processual pelo sindicato**. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/05_Artigo_Ilse_M._Bernardi_Lora.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais**. 2011. 285 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná, 2011.

SÃO PAULO. **Processo 0000108-81.2012.5.02.0081**. Reclamante: Ministério Público do Trabalho. Reclamada: Arthur Lundgren Tecidos S/A. Juiz do Trabalho: Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, 5 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/12/Senten%C3%A7a-ACP-Pernambucanas.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

O cumprimento de normas ambientais no plano internacional

Compliance with environmental law at the international level

Érica Tatiane Soares Ciorici

Resumo: O tema do cumprimento do direito ambiental internacional é aqui estudado, de modo a compreender o instituto e sua importância no ordenamento jurídico internacional, não só tendo em conta a sua validade normativa, mas agregando os valores ambientais resultantes. Embora dotada de um caráter um pouco descritivo, essa pesquisa também levanta questões jurídicas e elenca possíveis soluções. Faz-se uma delimitação do que se entende por cumprimento, seguindo pela diferenciação de duas teorias sobre, sua relevância, na ordem jurídica internacional ambiental, elenca-se alguns fatores que contribuem para sua concretização e faz-se uma sintética análise do emblemático caso do Projeto Gabčíkovo-Nagymaros que envolveu a Hungria e a Eslováquia, decidido pelo Tribunal Internacional de Justiça, seguindo, finalmente, de breves considerações finais sobre o tema. Recorre-se, principalmente, a doutrina e a jurisprudência, como recursos para concretização da pesquisa.

Palavras-chave: Cumprimento. Direito Internacional Ambiental. Governança Ambiental Global. Tratados Internacionais. Efetividade.

Abstract: Compliance with international environmental law is studied here, in order to comprehend the institute and its importance at the international legal order, not only taking into account its normative validity but aggregating the resulting environmental values. Despite being somewhat descriptive, this research also raises some legal questions and lists viable solutions. Initially, it delimitates what is compliance, following a differentiation of the two theories

about it, its relevance to the international environmental legal order, next some factors which contribute to its concretization are describes – assistance, incentives, monitoring, participation of other actors, enforcement. A brief analysis of the case Gabčíkovo-Nagymaros Project, between Hungary and Slovakia decided by the International Court of Justice, is next, and finally, some final considerations are made on the subject. Doctrine and jurisprudence are the main source for this research.

Keywords: Compliance. International Environmental Law. Global Environmental Governance. International Treaties. Effectiveness.

Introdução

Desde o florescimento das preocupações ambientais no cenário internacional, os tratados internacionais que se ocupam do tema têm proliferado, em especial, na forma de Acordos Multilaterais Ambientais (Multilateral Environmental Agreements - MEAs). Esses tratados, são, em geral, celebrados de modo, essencialmente político, por meio de recursos apresentados à diplomacia e a outros meios não jurídicos, sendo notória a ausência de prescrições normativas que os tornem, materialmente, eficazes.

No Direito Internacional, assim como nas relações contratuais de direito interno, se um Estado se sujeita a um tratado internacional, em princípio, deve cumprir com suas disposições. A Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados entre Estados, dispõe o princípio da boa-fé na execução de tratados internacionais, em seu Artigo 26º, materializado na máxima latina “pacta sunt servanta”. Tal previsão normativa expressa a obrigação de cada Estado individual em assegurar a efetiva implementação do Tratado que faz parte¹.

De um lado, cada Estado-parte pode ser, consoante o Tratado, obrigado a adotar as medidas necessárias, em seu direito interno, para o efetivo cumprimento das disposições do respectivo tratado. Em contrapartida, o princípio “pacta sunt servanta”² traz à tona um equilíbrio na expectativa das partes, de modo que os

1 WOLFRUM, Rüdiger. “Means of Ensuring Compliance with and enforcement of international environmental law”. *Recueil des Cours*: Collected Courses of The Hague Academy of International Law. The Hague: Academie de Droit International. The Hague. Tome 272. 1998. p. 29.

2 Art. 27.^o da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados entre Estados.

Estados estão obrigados a cumprir as obrigações que aderiram, não podendo escusar-se de cumpri-las, alegando motivos internos³.

Partindo deste princípio de boa execução dos tratados internacionais, também no âmbito ambiental, os tratados são feitos tendo em vista seu cumprimento. Desse modo, Pretende-se analisar em que consiste o seu cumprimento e sua respectiva relevância, as teorias que o explicam, as medidas mais importantes para assegurá-lo. Por fim, será feita uma análise do caso das barragens Gabčíkovo-Nagymaros decidido pelo Tribunal Internacional de Justiça.

Motivados pelo déficit na aplicação normativa ambiental e em suas inerentes vicissitudes, o presente trabalho busca trazer um contributo para o estudo do cumprimento dos tratados, em si, destacando quais meios disponíveis aos Estados podem resultar numa efetiva aplicação do direito internacional do meio ambiente.

1. Delimitação do cumprimento

Um sujeito de direito, quer seja um Estado, um indivíduo ou uma empresa, está em cumprimento quando age de acordo com a lei, independentemente das motivações ou outras circunstâncias que possam levar a essa conformidade⁴. O cumprimento não se confunde com a transposição das normas, em causa, para o direito interno, na qual procedimentos legislativos e administrativos são tomados, com vistas à recepção do direito internacional no ordenamento jurídico interno.

Devido a complexidade e amplitude dos problemas ambientais e a emergente necessidade de os regular, os tratados internacionais ambientais são elaborados, em sua maioria, recorrendo aos princípios de direito ambiental internacional. Dessa forma, os textos dos tratados fazem uso de disposições mais amplas e gerais, facilitando assim, a aceitação do tratado pelo maior número de Nações, possível. A desvantagem desse método é que ele incumbe o Direito interno de cada Estado a tomar medidas para sua efetivação⁵.

3 MACHADO, Jonas E. M. *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 326, 327.

4 HUNTER, David. et al. "Making International Environmental Law Work". *International Environmental Law and Policy*. 3 Ed. New York: Foundation Press, 2007, p. 369.

5 PARADELL-TRIUS, Luís. "Principles of International Environmental Law: an Overview". *Review of European Community and International Environmental Law: RECIEL*. Vol. 9, N. 2. Oxford: Blackwell Publishers, 2000, p. 93-95.

A transposição para direito interno é geralmente prevista e regulada, na maioria dos tratados internacionais relacionados a proteção do ambiente, de modo que não chega a ser um fator de muitas preocupações. E, embora sempre haja o risco de ocorrer uma má transposição ou nenhuma transposição, os tratados, frequentemente, preveem e dispõem de resoluções que corrijam essas falhas. Porém, a maior falha encontra-se no fato de a maioria desses tratados não trazerem disposições a respeito de como os Estados devem atuar para assegurar o seu cumprimento no plano interno, deixando para o legislador nacional a tarefa de decidir como será feito⁶.

Assim, cada Estado-parte, do tratado, deve realizar alterações institucionais, legislativas e administrativas de modo a assegurar o cumprimento dos compromissos ambientais que assumiu no âmbito internacional, dentro da sua esfera de jurisdição interna.

Tal regulação, por parte de cada Nação, pode ser improvável quando agentes não estaduais exercem uma influência poderosa no cenário político nacional. Tendo em conta que os custos de cumprimento, impostos a pessoas privadas, nomeadamente, às indústrias com grande representatividade política, podem ser altos. Por isso, um Estado pode enfrentar dificuldades após assegurar um cumprimento, conseqüentemente, afetando sua vontade política e a capacidade de cumprir com as obrigações internacionais⁷.

2. Teorias sobre o cumprimento

A doutrina procura explicar o comportamento dos vários atores no cenário internacional, nos Estados, nas indústrias, e dos indivíduos que os leva a cumprir sua obrigação, embora o cumprimento de contratos, ao nível da legislação nacional, não seja exatamente o mesmo que o cumprimento de obrigações advindas de tratados internacionais, devido ao fato de as instâncias de direito interno serem responsáveis pela implementação do direito internacional.

6 NOLLKAEMPER, André. "Compliance Control in International Environmental Law: Traversing the Limits of the National Legal Order". *Yearbook of International Environmental Law*. Vol. 13. Oxford: University Press, 2002, p. 168.

7 SHELTON, Dinah. "The Impact of Economic Globalization on Compliance". In: *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*. Eds: Alexandre Kiss, Dinah Shelton, KanamiIshibashi. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 2003, p. 53.

Por isso, as teorias sobre o cumprimento de leis internas e internacionais se entrelaçam, podendo, desse modo, ser estudadas, conjuntamente⁸.

Sendo assim, pode-se classificar as várias teorias que buscam explicar o cumprimento, em duas categorias: racionalistas e normativas. Para os racionalistas, as decisões dos sujeitos são tomadas com base em critérios de pura racionalidade, em seu próprio interesse. Por exemplo, um Estado cumprirá seus compromissos ambientais internacionais se isso lhe trazer mais vantagens do que o incumprimento⁹.

Os racionalistas, portanto, são adeptos da política chamada, na linguagem corrente, do bastão, isto é, de uma abordagem sancionatória dos comportamentos infringentes. Para dissuadir o comportamento dos agentes para o cumprimento, adotam-se medidas que aumentam os custos do incumprimento. Essa dissuasão de comportamento pode ser alcançada por meio de expansão de atividades de monitoramento, da melhoria da capacidade de execução para investigar e processar as violações, aumentando as sanções ou desenvolvendo consciência de execução¹⁰.

Por sua vez, os normativistas ou construtivistas, defendem uma lógica de adequação, pois, entendem que todos os agentes atuam em boa-fé e querem cumprir com suas obrigações, mas não o fazem porque não aceitam a legitimidade da obrigação, ou, a obrigação é ambígua, ou a complexidade da obrigação é tanta que excede o entendimento e a capacidade do Estado em cumpri-la, ou ainda, por mudanças de circunstâncias¹¹.

Por conseguinte, os normativistas postulam uma abordagem, comumente, conhecida como, das cenouras, partindo do princípio de que todos os agentes querem cumprir com suas obrigações, e não o fazem, porque não tem capacidades para tal. Eles defendem uma intervenção mais assistencialista visando promover o cumprimento por meio de ajuda financeira, técnica, interpretativa ou outras

8 ZAEKE, et al. eds. "Compliance Theories". In: **Making Law Work, Environmental Compliance and Sustainable Development**. 2005. Cameron May Ltd., International Law Publishers. London. Disponível em: <<http://inece.org/resource/making-law-work/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

9 HUNTER, David. et al. "Making International Environmental Law Work". In: **International Environmental Law and Policy**. 3th Ed. Foundation Press. New York. 2007, p. 390.

10 INECE- International Network for Environmental Compliance and Enforcement – "Overview of Compliance and Enforcement Programs". In: **Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook**. 2009. Disponível em: <<http://inece.org/resource/principles/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

11 HUNTER, David. et al. "Making International Environmental Law Work". In: **International Environmental Law and Policy**. 3th Ed. Foundation Press. New York. 2007, p. 393.

que, em comum clamam, como uma política de cooperação entre as partes, para alcançar os objetivos traçados.

3. Relevância do cumprimento

Qualquer disposição normativa, quando não respeitada, tem por consequência não alcançar o efeito útil para o qual foi prevista, e acima de tudo, põe em causa o Estado de Direito. Assim, também o incumprimento das normas de direito ambiental internacional vem a por em causa a efetividade e a existência do direito internacional, que por suas especificidades já tem sua eficácia jurídica contestada, mormente pela ausência de competência executiva. Pode-se assim dizer, que existe hoje um Estado de Direito do Ambiente que necessita ser garantido e protegido, por meio do cumprimento das normas ambientais, traçadas no plano internacional.

Segundo Philippe Sands¹², pelo menos três motivos justificam a acentuada atenção dada ao cumprimento de obrigações ambientais internacionais, a saber: a natureza e a extensão dos problemas ambientais que faz com que os Estados assumam tais compromissos; a crescente necessidade de garantir o acesso a recursos naturais dentro das suas jurisdições; e, finalmente, tendo em conta que devido à inerente vertente econômica do meio ambiente, os Estados que não cumprem com suas obrigações ambientais são considerados ganhadores de vantagens econômicas adquiridas de modo desleal, senão ilegal.

Assegurar o cumprimento de compromissos ambientais tem suma importância, no âmbito de prevenção e controle de riscos ambientais e de conservação e uso sustentável de recursos naturais. Assim, é imprescindível uma política que assegure o cumprimento de obrigações de controle de poluição, conservação de recursos naturais, gerenciamento de riscos transfronteiriços e cooperação. Ademais, porque os problemas ambientais têm um caráter global, a

12 SANDS, Philippe. "Environmental Protection in the Twenty-first Century: Sustainable Development and International Law". In: *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development – The United States, the European Union and the International Community*. Edt by: Revesz, Richard L. et al. Cambridge University Press, 2000, p. 406.

questão do cumprimento e execução das obrigações ambientais internacionais necessita de uma resposta da comunidade global, como um todo¹³.

O cumprimento de compromissos ambientais assumidos, também, cria ao mesmo tempo, uma utilidade pública e uma utilidade privada. Pública, ao promover o Estado de Direito, como já foi referido, a boa governança, ao assegurar a equidade e fortalecer a segurança jurídica das exigências ambientais, ao proteger os bens e serviços oferecidos à sociedade, por meio de um bom funcionamento do ecossistema, e por fim, ao proteger a saúde pública. A utilidade se caracteriza como privada, ao aumentar a confiança de investidores, ao reduzir os riscos empresariais, ao estimular a inovação e aumentar a competitividade, além de criar novos empregos e mercados¹⁴.

4. Medidas de efetivação do cumprimento

Um melhor gerenciamento do cumprimento traz melhores resultados do que a execução por incumprimento. Ao compelir ao cumprimento, as vantagens são além das que já foram listadas pelo cumprimento em si, as vantagens que evitam disputas judiciais que, como é notório, no âmbito internacional, são dispendiosas e muitas vezes morosas. Além disso, o dano ambiental que resultaria pelo incumprimento não se consuma, trazendo assim, uma mais-valia, em nível de preservação e conservação.

Partindo dessa premissa, cita-se alguns fatores que influenciam, positivamente, no cumprimento das normas ambientais internacionais, são eles: a assistência, os incentivos, o monitoramento, a participação de outros atores e a execução. Todos possuem em comum a capacidade de promover alterações nos comportamentos dos agentes, tendo em vista o cumprimento. Embora, muitas dessas medidas que são mais facilmente aplicáveis no plano nacional, também podem ser aplicadas no plano internacional.

13 BIRNIE, Patrícia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. "Interstate Enforcement: State Responsibility, Treaty Compliance, and Dispute Settlement". In: **International Law and the Environment**, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 212.

14 INECE- International Network for Environmental Compliance and Enforcement – "Overview of Compliance and Enforcement Programs". In: **Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook**. 2009. Disponível em: <<http://inece.org/resource/principles/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

4.1 Assistência

A assistência ao cumprimento pode se realizar por meio da transferência de conhecimentos ou de meios técnicos. Tendo em conta que muitas vezes há incumprimento por mera falta de informações é imprescindível que os sujeitos, num sentido amplo, sejam informados e educados sobre o porquê das normas ambientais, os seus benefícios e o que cada um pode fazer para contribuir com o cumprimento.

Já a assistência por meios técnicos envolve a transferência de conhecimentos mais especializados, que pode ser efetuada por técnicos, cientistas e especialistas, também desempenha suma relevância, uma vez que o incumprimento pode ser causado por falta de habilidades em como lidar como certo tipo de instrumento, maquinário ou produtos, por exemplo.

A ajuda financeira é outra medida de assistência dada a países ditos em desenvolvimento, que encontram dificuldades em cumprir com as obrigações ambientais internacionais a que se comprometeram, devido a iminência de outras necessidades, em seu território.

A implementação de obrigações ambientais pode fazer com que o Estado incorra em custos diretos, nos quais incluem as despesas necessárias para administrar e efetivar novas leis e desenvolver ou adquirir novas tecnologias, essenciais ao cumprimento do tratado; ou em custos indiretos, que incluem custos de desenvolvimento social e econômico previstos ou adiados por alterações de políticas¹⁵.

4.2 Incentivos

Os incentivos são, em geral, de ordem econômica, e podem ser concretizados por intermédio de medidas fiscais, de subsídios ou de licenças para poluir. Em comum, encontra-se o fato de esses meios fornecerem uma vantagem econômica ao agente que não possui meios para cumprir com as obrigações ambientais, ou que, mesmo tendo condições não enxergava benefícios econômicos no cumprimento.

As medidas de incentivo visam uma mudança de comportamento, tendo por fundamento que o comportamento dos privados e dos Estados é motivado por razões de mercado. Com recurso, impostos e direcionados a uma atividade

15 HUNTER, David. et al. "Making International Environmental Law Work". In: **International Environmental Law and Policy**. 3th Ed. Foundation Press. New York. 2007, p. 432.

poluidora, por exemplo, pode-se obter a redução da poluição, se o agente for obrigado a internalizar os custos da poluição na sua atividade (nisso consiste o princípio do poluidor pagador). Os subsídios também têm a mesma motivação econômica racional, mas, no sentido oposto, pois oferecem vantagens econômicas aos agentes que adotarem meios e produtos, ambientalmente, amigáveis. Já as licenças para poluir são em geral emitidas para certos agentes com histórico poluidor e estabelecem um teto máximo de emissão de poluentes, que não pode ser ultrapassado¹⁶.

4.3 Monitoramento

Outra medida que pode promover o cumprimento é o monitoramento das atividades ou do desempenho dos agentes, e pode ser concretizada por meio de inspeções, auditorias, elaboração de relatórios e do acesso a informações ao público em geral.

Ao prever o controle das atividades que serão desenvolvidas pelas partes, o tratado promove o cumprimento das obrigações assumidas por várias razões. Primeiramente, porque reforça a validade normativa e a segurança jurídica das disposições do tratado, ao trazer para os participantes, dados sobre cumprimento de cada Estado-parte, motivando os demais a, também, acatar as suas obrigações. Em segundo, porque pode detectar falhas de cumprimento involuntárias e direcionar assistência ou incentivos que revertam a situação. Por fim, porque ao divulgar informações sobre o nível de cumprimento ao público em geral, pode exercer um papel determinante de pressão social nos agentes, levando-os a adotar práticas mais efetivas.

As inspeções são efetuadas por pessoas ou entidades qualificadas ou treinadas para tal, que se encarregam de visitar as instalações, coletar dados, analisar relatórios, verificar equipamentos e instrumentos, e posteriormente, elaborar um relatório com as informações coletadas com suas conclusões, sobre o grau de comprometimento do respectivo agente para com as normas ambientais, do tratado em causa. Ao padronizá-las por meio de modelos de atuações e relatórios, consegue-se um tratamento uniforme. Diferem das auditorias, pois

16 MONTINI, Massimiliano. Improving Compliance with Multilateral Environmental Agreements through Positive Measures: The Case of the Kyoto Protocol. In: *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, 2003, p. 169.

são conduzidas por agentes oficiais ou pelo próprio governo, enquanto estas são efetuadas pelo próprio agente, para seu benefício¹⁷.

A maioria dos tratados internacionais que concernem ao meio ambiente exigem que as partes elaborem relatórios sobre o progresso das medidas, respectivamente, adotadas, mas poucos tratados dispõem de mecanismos que lidem com as informações obtidas desses relatórios. Esse aspecto negativo dos relatórios é devido ao fato de os órgãos supervisores estabelecidos por esses tratados carecerem de poder executivo e de aplicação, na prática, de ações de efetivação do cumprimento numa esfera internacional.

A divulgação de informações acerca do cumprimento, ou não, de normas ambientais internacionais ao público representa, também, um pertinente meio para favorecer o cumprimento, na medida em que a sociedade civil e as organizações não-governamentais, ao terem acesso a esses dados, têm a prerrogativa de exercerem uma grande pressão social nos agentes, instigando-os ao cumprimento.

O acesso a informação ambiental está previsto no Princípio 10 da Declaração da Conferência da Organização das Nações Unidas, sobre Ambiente e Desenvolvimento, assinada no Rio de Janeiro em 1992. Ela preconiza o dever de os Estados facilitarem e encorajarem a conscientização e participação pública, por meio da ampla divulgação de informações¹⁸.

A mais recente Convenção de Aarhus, de 1998, sobre o Acesso a Informação, a Justiça e a Participação Pública em Assuntos Ambientais, também, segue o disposto na Convenção do Rio, expressando a convicção de que ao assegurar sua implementação, contribuiria para o fortalecimento da democracia, na região dos signatários¹⁹.

O direito a informação é entendido, por muitos autores, como um direito fundamental e, pode num sentido mais estrito, significar liberdade em buscar

17 INECE- International Network for Environmental Compliance and Enforcement – “Overview of Compliance and Enforcement Programs”. In: **Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook**. 2009. Disponível em: <<http://inece.org/resource/principles/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

18 GOMES, Carla Amado. “Rio Declaration on Environment and Development”. In: **Elementos de Apoio à Disciplina de Direito Internacional do Ambiente**. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa. 2008. p. 45.

19 KISS, Alexander. “Environmental Information and Public Participation in Decision-making”. In: **Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements**. Eds: Alexandre Kiss, Dinah Shelton, KanamiIshibashi. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 2003, p. 197.

informações, ou num sentido amplo, o direito de acesso a informações, e inclusive, de recebê-las²⁰. As informações podem ser fornecidas por entidades estatais, sobre o estágio de cumprimento de obrigações ambientais, delas próprias ou de privados, ou pode advir de entidades privadas, que geralmente o fazem, como uma estratégia de marketing, para atrair mais consumidores, divulgando suas boas práticas ambientais. O essencial não é de onde provém a informação, e sim, que ela seja disponibilizada e que se refiram a leis nacionais que limitem o acesso ou proíbam a divulgação.

4.4 Participação de outros atores

A participação da sociedade civil desempenha um papel de destaque na efetivação das obrigações ambientais internacionais. Os cidadãos, em conjunto com as organizações não-governamentais, têm em suas mãos um grande poder de motivar a mudança de comportamentos, bem como, a tomada de decisões, inclusive, no processo de criação legislativa.

Várias são as contribuições dos privados e, mais interessante é que muitas delas partem das próprias empresas, que de modo voluntário adotam meios que efetivam o cumprimento da legislação ambiental, das iniciativas de etiquetagem ecológica às certificações em produtos, das auditorias aos códigos de condutas para corporações. Outras ações de relevo são tomadas por Organizações não-governamentais, que tem sido bem-sucedidas, tanto na promoção de campanhas como em iniciativas de conservação locais²¹.

Os cidadãos por si, também, influenciam no cumprimento, como acima mencionado, ao demandar ações estaduais que fomentem a efetivação, ao participar nos processos decisórios e legislativos, ao utilizar o seu poder de compra pressionando, economicamente, empresas em incumprimento a mudarem de comportamento, ao exigir uma melhor transparência com relação a informações de relevo ambiental, ao denunciar situações de irregularidade às autoridades competentes.

20 Ibidem, p. 198.

21 SPETH, James Gustave; HAAS, Peter M. **Global Environmental Governance**. Washington Dc: Island Press, 2006, p. 56-61.

4.5 Execução

As normas de tratados internacionais são elaboradas numa base consensual, todavia, o seu não cumprimento pode ser equiparado ao incumprimento de leis nacionais. Não obstante, na ausência de entidades internacionais, com poderes de impor o cumprimento, o esforço das partes de um tratado é voltado a persuadir a parte inadimplente a cumprir. Tal imposição pode ser realizada por meio de medidas diplomáticas e administrativas, ou por meios alternativos aos judiciais, tais como: negociação, conciliação, arbitragem ou mesmo com recurso a disputas judiciais²². Nesse esforço consiste a execução por incumprimento.

Os tratados ambientais internacionais, em geral, preveem algum tipo de medida de execução a ser desempenhada, por uma entidade criada para esse fim, pelo próprio tratado ou por uma entidade internacional independente. Frequentemente preveem responsabilidade civil por danos causados ou por quebra contratual, mas, podem, também, determinar responsabilidade penal, dependendo do tratado. Outros impõem a retirada de licenças ou benefícios concedidos pelo tratado, ou medidas de restrição ao acesso ao mercado ou mesmo sanções pecuniárias.

Embora a Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados disponha em seu/ser Artigo 60.^o a possibilidade de cessação da vigência de um tratado, em caso de incumprimento de elementos substanciais²³, no caso dos acordos multilaterais ambientais, a quebra de contrato dificilmente justifica sua terminação. Isso porque, além de exigir o consentimento de todas as demais partes, não resulta em um sentido útil para os objetivos do tratado, que a cada incumprimento haja a suspensão da sua aplicação ou a cessação da sua vigência.

O que deve ser alcançado, em casos de violações das normas é o cumprimento das mesmas, reforçando a continuidade da integridade do tratado e garantindo a maior participação possível. Isso explica porque, em casos de tratados ambientais internacionais, os Estados-parte recorrem, com maior frequência, a meios não judiciais, mais flexíveis, para lidar com o incumprimento²⁴.

22 GURUSWAMY, Lakshman D. *International environmental law in a nutshell*. 3 ed. St. Paul, Min.: Thomson/West, 2007, p. 78.

23 PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. *Convenção de Viena sobre o direito dos tratados entre estados*. In: **Textos de Direito Internacional**. 2 Ed. Coimbra Editora: Coimbra. 2013.

24 BIRNIE, Patrícia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. "Rights and Obligations of States Concerning Protection of the Environment". In **International Law and the Environment**, 3ed, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 138-139.

5. Análise do caso: Projeto Gabčíkovo-Nagymaros²⁵

O Caso da barragem Gabčíkovo-Nagymaros foi decidido pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), com relação a um tratado celebrado em 1977 pela Hungria e pela então Checoslováquia, em que ambos Estados comprometeram-se a construir uma série de diques e uma barragem em Gabčíkovo, na Hungria, e uma em Nagymaros, na Checoslováquia.

Após a queda do comunismo nos países contratantes, as construções em andamento passaram a ter significados diferentes, para cada parte. Para a Hungria, era um símbolo negativo do comunismo que queriam livrar-se de todo o modo. E para a já Eslováquia, totalmente o oposto, um símbolo de poder e conquista para a recém-independente nação, que estava disposta a continuar com os projetos a todo custo. Sendo assim, em 1989, a Hungria para as obras, em sua parte, e a Eslováquia continua com o projeto, apenas em seu lado, construindo um canal que desviava as águas do Danúbio para seu território, a chamada Variante C²⁶.

A Hungria tencionava terminar as relações contratuais com a Eslováquia, por meio de um mútuo acordo, que se recusava em terminá-lo. Após algumas tentativas, por parte da Comissão Europeia, para alcançar uma solução mútua²⁷, as partes concordaram em submeter o litígio ao Tribunal Internacional de Justiça, por meio de Acordo Especial, nos termos do Art. 40, Parágrafo 1 do Estatuto do Tribunal, o que o fizeram em 1993.

Três, foram as questões propostas ao TIJ: 1. Determinar se a Hungria tinha legitimidade para descontinuar as obras e suspender, unilateralmente, o tratado; 2. Se a Eslováquia estava autorizada a criar e a pôr em prática a Variante C, desviando as águas do Rio e continuando as obras, unilateralmente, em seu território; 3. Quais seriam os efeitos legais da notificação de término do tratado pela Hungria em 1992²⁸.

25 **GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)**, Judgment, I. C. J. Reports 1997.

26 FITZMAURICE, John. "The Ruling of the International Court of Justice in the Gabcikovo-Nagymaros Case: A Critical Analysis". In: **European Environmental Law Review**. V. 9; N. 3. March 2000. p. 81.

27 COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicados de Imprensa 93/265**. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-93-265_en.htm>. Acesso em: 5 jan. 2016.

28 TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Special Agreement for Submission to the International Court of Justice of the Differences between the Republic OF Hungary and the Slovak

O TIJ, ao contrário das expectativas da comunidade internacional, que esperava, ansiosamente, um posicionamento da mais alta instância jurisdicional, sobre questões ambientais²⁹, tomou uma posição mais conservadora, estritamente relacionada com o direito dos tratados. Decidiu, então, pela condenação de ambas as partes a ressarcir a outra pelos danos causados e impôs-lhes a obrigação de retomar as negociações sobre o tratado de 1977, tendo em conta as novas circunstâncias, inclusive as preocupações ambientais, com o dever de agir de boa-fé, sob a condição de poderem voltar ao tribunal se não chegassem a um acordo³⁰.

Por muitos anos, o TIJ contribuiu muito pouco para a evolução do direito ambiental internacional. Contudo, alguns casos, recentemente, têm levantado questões ambientais, sendo o caso das barragens, considerado o mais importante julgamento em direito ambiental. Não só porque pela primeira vez o tribunal usou em sua fundamentação o conceito de desenvolvimento sustentável, mas também, porque determinou que as partes, ao retomarem as negociações, deveriam observar as normas de direito ambiental internacionais, nos presentes e futuros trabalhos, mesmo que o tratado de 1977 não as tivesse considerado. Com isso, o tribunal instituiu uma aplicação retroativa das normas ambientais, e também, que deveriam conduzir e respeitar as Avaliações de Impacto Ambiental nas regiões em causa³¹.

Este caso é paradigmático, em diversos aspectos, pois, pela primeira vez o tribunal foi interpelado por antigas nações comunistas, e também, as partes invocaram argumentos relacionados com a recém e, em desenvolvimento, temática do direito ambiental internacional. Outro motivo é que raramente um caso chegou ao tribunal, por meio de Acordo Especial como esse fez, e o tribunal, pela primeira vez realizou uma visita ao local, tomando em sua decisão final, uma posição quase executiva ao mandar as partes negociar um

Republic Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project. Article 2. Disponível em: [<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/10835.pdf>]. Acesso em: 5 jan. 2016.

29 STEC, Stephen. ECKSTEIN, Gabriel E. "Of Solemn Oath and Obligations. The Environmental Impact of the ICJ's Decision in the case of the Gabčíkovo-Nagymaros Project". In: *Yearbook of International Environmental Law*. v.8. 1997. Clarendon Press. Oxford. Disponível em: <<http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/Yearbook.PDF>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

30 TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997. Disponível em: [<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>]. Acesso em: 5 jan. 2016.

31 BIRNIE, Patrícia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. "Rights and...", loc. cit. p. 136.

acordo com base no tratado, com o dever de atuarem de boa-fé. No entanto, o posicionamento adotado na decisão foi, essencialmente, político, de caráter conservador, pois, poderiam ter usado os argumentos invocados para contribuir com a expansão do direito internacional do ambiente, mas, não o fizeram, insistindo no princípio do “pacta sunt servanta”, para justificar o dever das partes em negociar um acordo sobre o tratado de 1977³².

Conclusão

O Direito Internacional Ambiental tem um vasto elenco normativo, baseado em princípios jurídicos ambientais, que assume um caráter político de compromisso das partes, em alcançar os resultados determinados. Inerente a característica do Direito Internacional está a falta de uma entidade com competência executiva, com prerrogativas de aplicar sanções ou controlar, efetivamente, a aplicação das obrigações assumidas nos tratados, nos ordenamentos internos das partes contratantes.

Não obstante, essa vicissitude, há algumas vias que podem ser adotadas pelos Estados-parte nos acordos ambientais internacionais, ou gerenciadas pelas Comissões e Secretariados designados para tal, dentro de cada tratado. Muitas situações de incumprimento são motivadas por falta de informações ou capacidade técnica, por motivos financeiros ou de acesso a dados sobre o cumprimento. Nesses casos, medidas de assistência ou incentivos podem reverter o quadro, resultando na aplicação eficaz das normas ambientais internacionalmente elaboradas, dentro das ordens jurídicas nacionais.

Além disso, o estabelecimento de padrões de relatórios ou de um parâmetro de controle da aplicação, além de uniformizar a aplicação em prol de resultados positivos globais, também facilita ao Estado, na tomada de decisões internas, sobre como realizar os compromissos assumidos no plano internacional. A garantia de acesso a informação ambiental e a participação da sociedade civil, também, representam medidas realizáveis, que podem trazer o sucesso dos objetivos traçados.

Em suma, é preciso que o problema da falta de cumprimento das normas de direito internacional ambiental seja diretamente abordado, e que soluções exequíveis sejam, globalmente, adotadas. De nada adianta um corpo normativo

32 FITZMAURICE, John. loc. cit., p.80; 86; 87.

extenso, bem detalhado e com inúmeros signatários, se nos ordenamentos jurídicos internos os compromissos não passam disso. É preciso uma real e efetiva aplicação da legislação, e um alcance eficaz dos objetivos traçados. Só assim haverá uma maior proteção e preservação da biodiversidade, redução dos níveis de poluição, mitigação dos danos causados à camada de Ozônio, entre outros.

É preciso um esforço, de âmbito global, para alcançar melhores resultados no cumprimento do direito internacional ambiental. O Tribunal Internacional de Justiça, como instância de mais alta jurisdição, embora tenha decidido no célebre caso das barragens sobre a importância de observar o direito ambiental nos tratados, tem a oportunidade em casos futuros, de adotar decisões mais orientadas para o cumprimento de obrigações ambientais, contribuindo para a consolidação e efetivação das normas ambientais em nível internacional.

Referências

BIRNIE, Patrícia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. *Interstate Enforcement: State Responsibility, Treaty Compliance, and Dispute Settlement. International Law and the Environment*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2009. Disponível em: <<https://www.amazon.com/International-Law-Environment-Patricia-Birnie/dp/0198764227>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicados de Imprensa 93/265**. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-93-265_en.htm>. Acesso em: 5 jan. 2016.

FITZMAURICE, John. “The Ruling of the International Court of Justice in the Gabčíkovo-Nagymaros Case: A Critical Analysis”. **European Environmental Law Review**. v. 9; n. 3. March 2000. p. 81.

GOMES, Carla Amado. “Rio Declaration on Environment and Development”. In: **Elementos de Apoio à Disciplina de Direito Internacional do Ambiente**. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa. 2008. p. 45.

GURUSWAMY, Lakshman D. **International environmental law in a nutshell**. 3th ed. St. Paul, Min.: Thomson/West. 2007. p. 78.

HUNTER, David. et al. “Making International Environmental Law Work”. In: **International Environmental Law and Policy**. 3th Ed. Foundation Press. New York. 2007. p. 369.

INECE- International Network for Environmental Compliance and Enforcement – **Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook**. 2009. Disponível em: <<http://inece.org/resource/principles>>. Acesso em: 22 dez. 2015. p. 5, 8, 45.

KISS, Alexander. “Environmental Information and Public Participation in Decision-making”. In: **Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements**. Eds: Alexandre Kiss, Dinah Shelton, KanamiIshibashi. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 2003. p. 197.

MACHADO, Jonatas E. M. **Direito Internacional** – Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 3. ed. Coimbra: Coimbra. 2006. p. 326, 327.

MONTINI, Massimiliano. “Improving Compliance with Multilateral Environmental Agreements through Positive Measures: The Case of the Kyoto Protocol.” In: **Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements**. Eds: Alexandre Kiss, Dinah Shelton, Kanami Ishibashi. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 2003. p. 169.

NOLLKAEMPER, André. “Compliance Control in International Environmental Law: Traversing the Limits of the National Legal Order”. In: **Yearbook of International Environmental Law**. Oxford: University Press. Vol. 13. 2002. p. 168.

PARADELL-TRIUS, Lluís. “Principles of International Environmental Law: an Overview”. In: **Review of European Community and International Environmental Law: RECIEL**. Oxford: Blackwell Publishers. Vol. 9, N. 2. 2000 p. 93-95.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. “Convenção de Viena sobre o direito dos tratados entre estados”. In: **Textos de Direito Internacional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2013. Art. 60^o.

SANDS, Philippe. “Environmental Protection in the Twenty-first Century: Sustainable Development and International Law”. In: **Environmental Law, the Economy and Sustainable Development** – The United States, the European Union and the International Community. Edt by: Revesz, Richard L. et al. Cambridge University Press. 2000. p. 406.

SHELTON, Dinah. "The Impact of Economic Globalization on Compliance". In: **Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements**. Eds: Alexandre Kiss, Dinah Shelton, Kanami Ishibashi. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 2003. p. 53.

SPETH, James Gustave; HAAS, Peter M. **Global Environmental Governance**. Island Press. Washington D.C. 2006. p. 56-61.

STEC, Stephen. ECKSTEIN, Gabriel E. "Of Solemn Oath and Obligations. The Environmental Impact of the ICJ's Decision in the case of the Gabčíkovo-Nagymaros Project". In: **Yearbook of International Environmental Law**. v.8. 1997. Clarendon Press. Oxford. Disponível em <<http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/Yearbook.PDF>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)**, Judgment, 1. C. J. Reports 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Special Agreement for Submission to the International Court of Justice of the Differences between the Republic OF Hungary and the Slovak Republic Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project**. Article 2. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/10835.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

WOLFRUM, Rüdiger. "Means of Ensuring Compliance with and enforcement of international environmental law". **Recueils des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law**. The Hague: Academie de Droit International. The Hague. Tome 272. 1998. p. 29.

ZÄELKE, et al. eds. "Compliance Theories". In: **Making Law Work, Environmental Compliance and Sustainable Development**. 2005. Cameron May Ltd., International Law Publishers. London. Disponível em: <<http://inece.org/resource/making-law-work/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

A vulnerabilidade dos refugiados ambientais e o acesso à justiça: os haitianos na Amazônia Ocidental

The vulnerability of environmental refugees and access to justice: haitians in Western Amazon

*Aparecida Luzia Alzira Zuin
Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres
Arlen José Silva de Souza*

Resumo: O foco deste estudo se concentra no fenômeno migratório de pessoas que, em virtude dos desastres naturais, são forçosamente obrigadas a deixar seus países, os chamados refugiados ambientais. Para entender esse fenômeno é necessária uma breve conceituação sobre refugiado ambiental, haja vista não se tratar do mesmo caso de refugiado político, declarador de perseguição pelo Estado por questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social etc. Por isso, a necessidade de estender a discussão no sentido de aprofundar a definição de refugiado, de modo mais abrangente, e avaliar a legislação que possa atendê-los. Nessa direção, será investigado as principais dificuldades da cidade de Porto Velho, capital do estado de Rondônia, de aceitação e acolhimento dos refugiados ambientais que saem do Haiti, em busca do acesso à justiça, ao mesmo tempo que se procura identificar o motivo pelo qual o fluxo migratório desses refugiados se dá pela região da Amazônia Ocidental.

Palavras-chave: Refugiados ambientais. Vulnerabilidade. Haitianos. Porto Velho. Amazônia Ocidental.

Abstract: The focus of this study is the phenomenon of migration of persons who, due to natural disasters, are forced to leave their countries, the so-called environmental refugees. In order to understand said phenomenon, it

is necessary to briefly conceptualize environmental refugee, as it is not the same as the case of a political refugee, who declares to be persecuted by the Government due to race, religion, nationality, social group, etc. Therefore, there is a need to define refugee in a broader manner and to study the legislation that might serve them. In this regard, this work investigates the main difficulties of Porto Velho, Capital City of Rondônia, to accept and receive environmental refugees from Haiti seeking access to justice; at the same time, it seeks to identify the reason why the migration flow of these refugees occurs through the Western Amazon region.

Keywords: Environmental refugees. Vulnerability. Haitians. Porto Velho. Western Amazon.

Introdução

Um fenômeno que tem chamado a atenção da comunidade internacional é o deslocamento de grupos de pessoas para as mais diversas regiões do planeta. Dentre as causas que levam pessoas a saírem dos seus países de origem, em busca de melhores condições de vida, estão as crises financeiras, as guerras civis, as diferenças de ordem política e preconceitos raciais. No entanto, outro fenômeno migratório tem surgido nos últimos tempos, em virtude dos desastres naturais que forçam e/ou obrigam pessoas a deixarem seus países, conhecido como processo migratório dos refugiados ambientais.

Para entender esse fenômeno é necessária uma breve conceituação sobre os refugiados, haja vista não se tratar de refugiados políticos, declaradores de perseguição pelo Estado por questões de raça, religião, nacionalidade ou grupo social etc.

A justificativa desta pesquisa a respeito da justiça social e ambiental, no contexto da crise global, é a revisão das violações dos direitos humanos dos refugiados ambientais, devido tratar-se de pessoas que fogem dos seus países, por causa de acidentes, de alguma ordem ambiental, provocados pela natureza ou pelo próprio ser humano. Desse modo, considera-se não ser plausível, esses tipo de refugiados não ser acolhido com os mesmos direitos das pessoas que residem no país e/ou lugar onde procuram abrigo sendo, inclusive, tratado de maneira diferente dos demais tipos de refugiados, pois o refugiado ambiental tem pouco apoio jurídico, para ser acolhido, devidamente, porque é uma categoria quase que desconhecida no âmbito jurídico, muito embora as catástrofes naturais,

como: inundações, furacões, terremotos, tsunames, desertificação etc. serem antigos. Por outro lado, há os danos ambientais causados pelo homem, os quais comprometem a qualidade de vida e a segurança dos povos, levando aqueles que sofrem com esses danos, a se tornarem, também, refugiados ambientais, que pela falta de legislação específica sobre o assunto, terão difícil acesso a proteção jurídica nacional e internacional.

Tudo isso, revela que, no Brasil existe um vácuo na legislação que atende a esses tipo de refugiados. Essa constatação tem levado a comunidade jurídica a fazer acordos internacionais, que discorrem sobre os direitos humanos, ciente da importância de discutir a realidade dessa nova categoria de refugiados.

Nessa perspectiva, a problematização recai sobre as dificuldades brasileiras, em particular sobre a região amazônica, em implantar os programas de acolhimento e cumprir em território nacional os direitos sociais voltados aos refugiados ambientais, como previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “o direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer”, entre outros. No entanto, no recorte do objeto, o problema se volta para os refugiados advindos do Haiti, em virtude do abalo sísmico que atingiu esse país, em 2010.

Uma das hipóteses deste estudo é que no Brasil, especificamente a região da Amazônia Ocidental (porta de entrada dos haitianos), e, particularmente, o Estado de Rondônia, cidade de Porto Velho (lugar da pesquisa) tem dificuldade no acolhimento dos haitianos e na efetivação dos seus direitos sociais, por não possuir amparo jurídico nacional ou internacional que tutele os direitos específicos dessa nova categoria de refugiados, criada pela literatura especializada: os refugiados ambientais. Outra situação merecedora de análises é a concessão do visto humanitário pelo Brasil aos haitianos, porque a medida é meramente temporária e imediata, contrária à condição de refugiado ambiental em que o haitiano se encaixa.

Nessa direção, os objetivos desta pesquisa, são: investigar as principais dificuldades de Porto Velho - RO, de aceitação e acolhimento do refugiado ambiental com vistas ao atendimento à justiça social, apresentar documentos que comprovam a desatualização jurídica do Direito brasileiro e Internacional sobre o assunto, analisar o perfil desse refugiado, analisar as relações internacionais mantidas entre Brasil e Haiti, a fim de identificar qual o motivo desencadeia o fluxo migratório pela região amazônica, em específico. Pra atingir tais objetivos esta pesquisa se enquadra nas categorias qualitativa-descritiva e de campo.

Trata-se de tema relevante, dada a contemporaneidade dos fatos que desencadearam a imigração forçada dos haitianos para o Brasil. Em atendimento aos objetivos apresentados, à problemática e às hipóteses, em um primeiro momento, por meio do levantamento bibliográfico e das análises qualitativas pretendeu-se o aprofundamento sobre o tema. No segundo momento, a pesquisa de campo terá o propósito de averiguar como os haitianos, aqui classificados como refugiados ambientais, são acolhidos em Porto Velho e se os Direitos Humanos dessa categoria estão sendo atendidos. A revisão bibliográfica serviu ao trabalho com o propósito de conferir o diálogo ambiental, constitucional e internacional. Tal procedimento foi contemplado, como visto no trabalho do cientista ambiental britânico Norman Myers, publicado em 1995, que já sinalizava a necessidade do reconhecimento do fenômeno do refugiado ambiental, como questão internacional.

[...] a questão dos refugiados ambientais promete estar entre uma das maiores crises da humanidade dos nossos tempos. Até o momento, no entanto, ela tem sido vista como uma preocupação periférica, uma espécie de aberração da ordem normal das coisas - mesmo que seja uma manifestação externa de profunda privação e desespero. Enquanto deriva principalmente de problemas ambientais, gera inúmeros problemas de tipo político, econômico e social. Como tal, ele poderia facilmente se tornar uma causa de tumulto e confronto, levando a conflitos e violência. No entanto, como o problema se torna ainda mais premente, as nossas respostas políticas de curto-prazo são insuficientes para o tamanho do desafio. Para repetir um ponto-chave: refugiados ambientais ainda têm de ser oficialmente reconhecidos como um problema de todos¹.

Busca-se fundamento, também, na Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração nº 97, de 12/01/2012 e suas alterações, sobre a concessão de visto humanitário aos haitianos, sendo este, talvez, o documento mais importante no Brasil na tutela jurídica desses imigrantes, criado com base na Lei 6.815/80, definindo a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e criando o Conselho Nacional de Imigração. Destaca-se a atuação da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas (CMMAD),

1 MYERS, Norman. *Environmental Exodus: an emergent crisis in the global arena*. Washington DC: Climate Institute, 1995, p. 23-27.

constituída em 1983, por solicitação da Assembleia Geral das Nações Unidas, incumbida na elaboração de uma agenda global para abordar o assunto, a partir do diagnóstico de preocupações e desafios comuns.

1. Os direitos humanos e a justiça social: indicações breves

À luz dos Direitos Humanos, a discussão do combate da injustiça social e econômica, do desarmamento, da desmilitarização, possibilitando as condições para que os conflitos não ocorram é importante para essa problemática. Nesse diapasão, utiliza-se como base teórica o doutrinador Dalmo Dallari, que em sua obra *Direitos Humanos e Cidadania* (2004) descreve, além de um histórico das conquistas essenciais para o convívio democrático, os direitos fundamentais de todo ser humano, tais como: o direito à vida, à liberdade, à igualdade de oportunidades, à moradia, ao trabalho decente, à educação, à saúde, à participação do poder, entre outros.

Na obra de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, a autora avalia como pode se dar a dinâmica da interação entre o direito brasileiro e o internacional, no sentido de salvaguardar os princípios da cidadania a favor da justiça social.

Avaliar a dinâmica da interação entre o direito brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como, os limites e as possibilidades de intervenção desse instrumental internacional no processo de redefinição e reconstrução do próprio conceito de cidadania no Brasil².

A obra de Luciana Mendes Barbosa, intitulada “A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas” (2007), corrobora no sentido de analisar como a nova categoria de refugiados (ambientais) são percebidos e tratados pelo “Regime Internacional para Refugiados das Nações Unidas”.

Nessa direção, em texto comentando sobre a escassez da água e como isso, também, ocasionaria ondas de refugiados ambientais e, no avanço de guerras.

2 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

Isabella Pearce de Carvalho Monteiro³ aponta a dimensão da população de refugiados, no mundo, de acordo com a Organização das Nações Unidas – ONU, o que chama a atenção para a urgência dos estudos sobre o tema:

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.

Assim, o *status* de refugiados ambientais haitianos no Brasil, embora seja temporário e excepcional, defende-se que a justiça social, para eles, seja plena, muito embora a vulnerabilidade das suas condições em terras brasileiras lhes impõem severos desafios.

1.1 As limitações de acesso a justiça típicas do Brasil: os impactos na vida dos haitianos como refugiados ambientais

As limitações de acesso a justiça típicas do Brasil impactam a realização dos direitos dos refugiados ambientais, caso dos haitianos que chegaram ao Brasil, se fixaram na região Amazônica, Estado de Rondônia, cidade de Porto Velho. É imperativo reconhecer essa natureza, e por isso perceber a necessidade de propor as mudanças jurídicas que atentem para os aspectos multiculturais e visem o acolhimento desses indivíduos e a realização de seus direitos integralmente.

Para compreender um pouco sobre o problema apontado acima, e conferir a afirmação, apresenta-se uma breve incursão no histórico do Haiti, com o intento de refletir o papel do país no contexto internacional e na América

3 MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. Precificação da água: entre o direito fundamental de acesso à água e a tragédia do bem comum (KLARE, 2012, p. 27). In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 6, 2016, p. 175.

Central, e por consequência, a relação com o Brasil, no contexto dos refugiados ambientais haitianos, principalmente na região Amazônica.

O Haiti tem papel precursor na história das liberdades da América Central porque foi o primeiro país, de origem afrodescendente, a declarar sua independência, em 1804, final do século XVIII⁴. Apesar do não reconhecimento das grandes potências, tornou-se um importante representante nas conquistas do povo negro e da valorização de sua identidade.

Por questões geográficas, políticas e econômicas, o país se viu afundado em sucessivas crises, com uma das mais longas ditaduras modernas, o que deflagrou o caos que perdurou até 2004, sucitando a intervenção das Nações Unidas na reversão do problema. Nesse período, criou-se a Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti – a conhecida MINUSTAH⁵, liderada, militarmente, pelo Brasil que, à época desenvolvia uma política internacional expansionista, visando conquistar um assento no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

De acordo com Sandra Silvestre:

[...] apoiar o Governo de transição, para garantir um ambiente seguro e estável, para auxiliar na supervisão, reestruturação e reforma da Polícia Nacional do Haiti, para ajudar com o desarmamento global e sustentável, Desmobilização e Reintegração (DDR), para auxiliar a restauração e manutenção da regra de direito, segurança pública e da ordem pública no Haiti, para proteger o pessoal das Nações Unidas, das instalações e equipamentos e para proteger civis sob ameaça iminente de violência física; para apoiar os processos constitucionais e políticos, para ajudar na organização, acompanhamento e realização de eleições livres e municipais, parlamentares e presidenciais para apoiar o Governo Transitório do Haiti, assim como instituições de direitos humanos e

4 JAMES, C. L. R. **Os jacobinos negros**. Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo, Boitempo, 2000.

5 A Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti (Minustah) foi criada por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, em fevereiro 2004, para restabelecer a segurança e normalidade institucional do país após sucessivos episódios de turbulência política e violência, que culminaram com a partida do então presidente, Jean Bertrand Aristide, para o exílio. O Brasil comanda as forças de paz no Haiti, que tem a participação de tropas de outros 15 países, mantendo na ilha um efetivo que varia entre dois mil quatro capacetes azuis da Marinha, do Exército e da Força Aérea. Mais informações sobre a MINUSTAH, acesso em: <http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti>.

grupos em seus esforços para promover e proteger os direitos humanos, e para monitorar e informar sobre situação dos direitos humanos no país⁶.

A desestrutura política, social e econômica interna do Haiti veio a ser agravada em decorrência de catástrofes naturais sucessivas, exigindo ações humanitárias que pudessem atender aquela população, então considerada a mais pobre das Américas, com “IDH - Índice de Desenvolvimento Humano de 0,404 (baixo). Aproximadamente 60% da população é subnutrida e mais da metade vive abaixo da linha de pobreza, com menos de 1,25 dólar por dia”⁷. Nesse contexto, devido as crises anteriores, agravado pelas catástrofes de ordem ambiental, os haitianos se viram impulsionados a sair do seu país. Isso ocorreu com grande parte da população, porque o país estava privado de desenvolvimento e com dificuldades na solução dos problemas internos.

Nessa direção, há tempos consta no histórico do Haiti o fluxo de imigrações para outros países. Mas, foi no ano de 2010 que o Brasil entrou para a rota da imigração haitiana. Não se sabe ao certo, se foram estimulados pela presença dos militares brasileiros no Haiti ou se foi por um convite do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, quando os haitianos teriam entendido como tendo sido formulado, durante a sua visita ao país. De uma forma ou de outra, “sabe-se por meio de dados que, no final de 2014, o Brasil passará a contar com 50.000 haitianos em seu território”⁸, sendo certo que desde o início da migração, muitos deles rumaram para a Amazônia, atraídos pela oferta de empregos gerados pelo Programa de Aceleração do Crescimento, o conhecido PAC, que disponibilizava vários empreendimentos para a Amazônia. Contudo, destaca-se as construções dos Complexos Hidrelétricos: Usinas Santo Antônio e Usina Jirau, no rio Madeira em Porto Velho – RO.

6 SILVESTRE, Sandra. *Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti Minustah*. Disponível em: <<https://ajonu.org/tag/minustah/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

7 FRANCISCO, Wagner de Cerqueria e. *O Terremoto no Haiti*. Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilescuela.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

8 FERNANDES, DUVAL (Coord.). *Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014.

1.2 Os haitianos em Porto Velho - RO

Outro fato marcante que aumentou o fluxo migratório dos haitianos, ao Brasil, se deu em virtude do desastre ambiental ocorrido no dia 12 de janeiro de 2010: um terremoto de magnitude 7,0 na escala Richter, que atingiu o país deixando uma série de feridos, desabrigados e mortes. Estima-se que cerca de 250 mil pessoas foram feridas, 1,5 milhão de habitantes ficaram desabrigados e que o número de mortos ultrapassou 200 mil, de acordo com as notícias da época. Essa situação catastrófica causada pelo terremoto e a conseqüente falta de perspectivas de vida, levaram os haitianos a procurar abrigo no Brasil e também em outros países, tornando-os conhecidos como os refugiados ambientais.

Segundo dados da Secretaria Municipal de Assistência Social – SEAS (2015) de Porto Velho, aproximadamente 2.800 haitianos vivem na cidade⁹ com moradia fixa. Desses, cerca de 800 ainda trabalham nas usinas do rio Madeira.

2. O que significa ser refugiado ambiental, no cenário de crise global

A expressão refugiados ambientais não advém da terminologia jurídica, mas, assim é consagrada pelo seu uso, e passou a ser conceituada como:

Aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, porque uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada por pessoas) colocou em perigo sua existência e/ou afetou seriamente sua qualidade de vida¹⁰.

Para Norman Myers “os refugiados ambientais são pessoas que não podem mais ter um meio seguro de vida em suas pátrias tradicionais, por causa de fatores de abrangência incomum: seca, desmatamento, erosão de terra, escassez

9 Não se sabe o número exato e isso é um reflexo nacional, pois não há uma triagem do governo brasileiro e de nenhum governo local, o que não é diferente em Rondônia. Assim, o que há é uma aproximação e isso se explica pela rotatividade desse fluxo migratório, uma vez que, a cada dia, haitianos chegam e saem das cidades. COTINGUIBA; PIMENTEL, 2013, p. 4.

10 .EL-HINNAWI, Essam. Environmental Refugees. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 1985. In: RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 131-136.

de água, ciclones”¹¹, etc. Complementa dizendo: “Em face dessas ameaças ambientais, as pessoas sentem que elas não têm alternativas senão buscar amparo em outro lugar, dentro de seus próprios países ou além e seja em uma base semi-permanente ou permanente”¹².

De acordo com Silva:

o próprio conceito de refugiado deve ser reconstruído. Assim como também as características básicas de sua estrutura. O *status* de refugiado foi criado para ser temporário, para que a pessoa pudesse retornar ao seu país de origem quando cessassem os conflitos ou as perseguições¹³.

O tratamento sobre esse assunto não é recente, pois aconteceu, pela primeira vez, na Convenção de Estocolmo de 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Nessa reunião, realizada entre os grandes chefes de Estado do mundo, organizada pelas Nações Unidas, com a finalidade de tratar das questões relacionadas a degradação do meio ambiente e a relação harmônica do homem com o meio em que vive, originou a ideia de que um meio ambiente saudável pode constituir uma pré-condição para o gozo de certos direitos, inerentes ao homem.

Esse movimento, em prol dos Direitos Humanos e da defesa do meio ambiente saudável, culminou na elaboração de alguns instrumentos legais conferindo proteção aos direitos dos refugiados, também serviu à ampliação do conceito, a exemplo da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984). Há ainda, a Declaração de São José sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994) que reforça no âmbito dos Direitos Humanos, a aplicação da Declaração de Cartagena, com destaque para a dignidade da pessoa humana ao tratamento dos refugiados e das pessoas deslocadas, internamente, na América Latina e no Caribe.

Nessa direção, os enfoques em defesa dos direitos dos refugiados vêm ao encontro da realidade brasileira com relação aos refugiados ambientais haitianos. Segundo pesquisa recente publicada pela Organização Internacional do Trabalho – a OIT e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/

11 MYERS, Norman. **Environmental Exodus: an emergent crisis in the global arena**. Washington DC: ClimateInstitute, 1995, p. 19.

12 Idem, p. 20.

13 SILVA, Camilla Rodriguez Braz. **A questão dos refugiados ambientais: Um novo desafio para o direito internacional**, 2009, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MG¹⁴, os imigrantes haitianos, em todo o Brasil, vivem em condições subumanas, sem acesso as políticas públicas básicas de saúde, educação, moradia, cultura e lazer, vivendo agrupados em locais impróprios, verdadeiros “guetos”, além de sofrerem discriminação pela condição de negros e pobres.

O significativo fluxo migratório dos haitianos impôs à sociedade brasileira uma nova realidade, trazendo ao debate interno a questão dos direitos humanos dos imigrantes, evidenciando total descompasso entre a política externa e a brasileira que, após inúmeras medidas paliativas, findou por reconhecer que os imigrantes haitianos têm no país um “*status*” diferenciado, reconhecendo-os como população, em especial condição de vulnerabilidade.

Para tentar amenizar a condição de vulnerabilidade, foi regularizada a situação desses imigrantes de forma diferenciada dos demais. Essa condição implicou na concessão de visto humanitário pelo prazo de 05 (cinco) anos, o que os colocam em condição legal análoga a dos brasileiros, como sujeitos de direito e com possibilidade de acesso a todos os bens e políticas públicas nos termos do artigo 6º dos Direitos Sociais constantes na Constituição Federal¹⁵.

No entanto, uma pesquisa coordenada por Duval Fernandes (2014) em ação conjunta entre vários órgãos e a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG evidenciou que, ainda assim, os haitianos são submetidos a condições desumanas tanto no percurso para chegar ao Brasil, quanto após a chegada em solo brasileiro. De acordo com o pesquisador, os haitianos estão vivendo em condições subumanas, com dificuldades de acesso as políticas públicas, a que têm direito, mostrando assim, a necessidade premente de que a abertura das fronteiras para essa população corresponda também, aos meios mais eficientes e eficazes de acesso aos serviços públicos essenciais e ao gerenciamento da justiça social, a eles destinados.

2.1 Os haitianos na Amazônia Ocidental – Rondônia – Porto Velho

Evidencia-se, aqui, como os refugiados ambientais haitianos passaram a viver na região Amazônica brasileira, em particular no Estado de Rondônia, cidade

14 FERNANDES, DUVAL (Coord.). *Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014.

15 BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

de Porto Velho (capital). Dentre os aspectos identificadores, há os que dizem respeito a criminalidade, uma vez que os dados levantados junto a Polícia Federal e Polícias Civil e Militar dos estados do Acre, Amazônia e Rondônia indicam a inexistência de envolvimento de haitianos em prática de crimes comuns, de uso ou tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, é fato notório no Brasil, que a exclusão social dessa população é um fator que aleva a criminalidade.

Segundo Sérgio Adorno, não é somente a classe social que pode ser dotada de preconceitos, porque o grupo racial pode ser determinante, principalmente quando o grupo é negro: “A cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça. O princípio de equidade de todos, perante as leis, independentemente das diferenças e desigualdades sociais, parece comprometido em face dos resultados alcançados”¹⁶.

Constam nas pesquisas que os imigrantes haitianos que chegam a Porto Velho tem nível de instrução elevado, portanto, seriam detentores de capital cultural e simbólico, não são analfabetos, mas letrados. Por outro lado, os dados não identificam o mesmo perfil dos haitianos que chegam ao restante do Brasil:

42,1% dos homens informaram ter grau de ensino, no mínimo secundário completo, enquanto 43,2% das mulheres indicaram a mesma situação, e os que declararam ter segundo grau completo e incompleto, 50,8% das mulheres estariam nessa situação, contra 41,8% dos homens¹⁷.

Não bastassem alguns obstáculos de ordem cultural ou de adaptação, os haitianos se deparam com as limitações da língua portuguesa, falada no Brasil, e com a cultura do lugar onde chegam, bem como, com o fato de que a sua permanência é por tempo limitado (o visto humanitário tem período fixo de 5 anos). Além desses fatores, o acesso às políticas públicas brasileiras, inclusive ao próprio sistema judiciário não é tão eficiente, o que necessita ser revisto tomando como fundamento a ótica do multiculturalismo, conforme apregoa Kymlynska¹⁸. Esse aspecto é importante porque reconhece que o Brasil, enquanto uma moderna sociedade, deve atuar do mesmo modo, isto é, modernizando suas

16 ADORNO, Sérgio. Violência e Racismo. Discriminação no acesso à justiça penal. In: SCHWARCZ, Lília; QUEIROZ, Renato da Silva. *Raça e Diversidade*. São Paulo: EDUSP, 1995, p. 255-274, p. 274.

17 FERNANDES, DUVAL (Coord.). *Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014, p. 46.

18 KYMLINCKA, W. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

instituições com o objetivo de atender os grupos minoritários, os quais requerem o reconhecimento de suas identidades e diferenças culturais, como o caso dos haitianos trazidos ao debate.

É importante levar essa afirmação em conta, porque por exemplo, a língua de origem dos haitianos é o “creole”, e a maioria dos refugiados ambientais que chegam a Porto Velho falam na sua língua de origem. No entanto, vão se deparar com uma variedade de pessoas advindas de outros Estados do Brasil residentes na cidade, ocasionando choques dos mais diversos, desde a dificuldade na leitura de manuais, informes publicitários, cartazes elucidativos, até mesmo os que pretendem informá-los de como poderão ter acesso à justiça ou buscar proteção no Poder Judiciário. Nesse âmbito, observa-se que a tentativa de inclusão desses refugiados não será eficaz, tendo em vista a própria deficiência comunicativa entre os interessados: o judiciário e os haitianos.

Ademais, verifica-se a existência de preconceito, devido serem afrodescendentes, (dado apontado também por Adorno, 1995) e por isso, enfrentam o racismo “velado” brasileiro, nos termos de Petrarca¹⁹. Outra situação complexa e merecedora de atenção é a exclusão implícita que a sociedade local destina à população haitiana, quando aportam no lugar, quanto a sua condição de saúde. Por motivos diversos, pressupõem-se que são portadores de doenças contagiosas. Mas, a mais comum é a AIDS, que é uma doença endêmica no Haiti e, conseqüentemente, muitos são realmente portadores do vírus, quando ingressam no país, inclusive crianças e grávidas, ocasionando a esses refugiados problemas sérios. Nesse contexto, os gestores da saúde pública local têm se sensibilizado, mas sabe-se que embora os haitianos recebam um tratamento especial, dada a sua condição de vulnerabilidade e, conseqüentemente a dificuldade de acesso às políticas públicas, ainda mais específicas, acaba colocando o Poder Judiciário, como destinatário final dessa clientela. Importa reconhecer aqui, a necessidade de políticas públicas diferenciadas que possam ser colocadas em prática, no sentido de respeitar os direitos humanos dessa categoria de refugiados. Há ainda a premente urgência de compreender, assim como os seus direitos, enquanto grupo minoritário, devam ser concretizados, o

19 PETRARCA, FERNANDA RIOS, *Los Derechos Humanos se conquistan en la lucha: igualdad racial, activismo jurídico y la defensa de las causas colectivas en el sur de Brasil*. 2011. Disponível em: <http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16745/17441>.

combate à injustiça social, destinando-lhes um olhar distinto e um tratamento diferenciado de todas as demais categorias de imigrantes, que aqui estão.

Assim, a política de acesso ao Judiciário para ser eficaz precisa revestir-se de enfoque multicultural que dê acesso à justiça e que permita aos imigrantes ter a sua identidade cultural respeitada assim como a sua língua de origem e outros direitos, ainda que, a tempo de sua permanência no lugar, para o retorno ao seu país e a sua cultura de origem, venha a ser breve. Por essa perspectiva, o enfoque não é a exclusão, ao contrário, uma vez que em termos filosóficos, o melhor tratamento dado a um imigrante é o mesmo dado ao cidadão nacional. E isso, o Brasil já fez ao conceder o visto humanitário e equiparar, em termos de direito, os haitianos aos brasileiros. Assim, na medida em que se mantém íntegros os elementos essenciais da cultura dessa parcela da população, permite-se uma abordagem digna, humanitária e eficaz na adaptação deles no Brasil, aqui em particular, na cidade de Porto Velho, durante o período pressupostamente temporário até que retornem, com integridade, ao seu país de origem.

Desse modo, é válido dizer que para o alcance da justiça social dos haitianos em terras rondônicas é preciso o diálogo entre o Direito Ambiental, Constitucional e Internacional a fim de que, a tutela desses que são obrigados a sair do seu país de origem, em busca da sobrevivência, esteja evidenciada na normativa, para que possam ser cidadãos, como outros aqui residentes.

Fato é que os haitianos não se sentem como dominados ou oprimidos, por serem obrigados a frequentar os Tribunais, as escolas, postos de saúde, ou todos os lugares e serem engolidos pela língua portuguesa e pela cultura brasileira, sendo obrigados a assimilar a cultura no novo país, vendo seus filhos serem, nela educados e a ela aderirem. Para a maioria deles, essas circunstâncias são sentidas como natural, porque sabem e se consideram imigrantes no país. No entanto, no caso concreto, essa situação é anômala, pois a política externa, do Brasil, tem sido no sentido de recepcionar os haitianos numa condição diferenciada, por questões humanitárias, ainda que temporariamente.

Ao contexto da argumentação é incorporada uma necessária análise sobre a dinâmica dos princípios dos direitos humanos e a realidade atual. Na linha do debate proposto por Nicolas Guilhot²⁰, essa questão traz a síntese

20 GUILHOT, Nicolas. Limitando la soberanía o produciendo gobernanalidad? Dos modelos de Derechos Humanos en el discurso político de Estados Unidos. *Política*: revista de ciência política, Universidad de Chile, v. 49, n. 1, p. 219-241, 2011.

contemporânea das ambíguas práticas de mudanças de regime político e promoção de democracia, e apesar de citar o caso particular da política externa dos Estados Unidos, amplia-se o olhar para a atuação do Brasil no Haiti.

Por outro lado, afigura-se que o Brasil tem assumido uma postura de responsabilidade social muito mais efetiva que outros países da atualidade, em especial, diante da grave crise humanitária que assola o mundo moderno. Nesse percurso histórico, o Poder Judiciário brasileiro está sendo convocado para, uma vez mais, assumir seu papel e se mostrar capaz de apresentar soluções criativas e de baixo custo para efetivar a sua parcela de responsabilidade social e mundial, em respeito aos refugiados ambientais.

Conclusão

O *status* migratório da população de haitianos no Brasil, os coloca numa categoria diferenciada, e por isso mesmo, é necessária ser repensada, inclusive sobre sua conceituação. Mas, não basta teorizar e conceituar, buscando os sentidos semânticos para os refugiados ambientais. É preciso um olhar sensível, a fim de que possam ser vistos de modo mais humano. Do mesmo modo, fica a indagação: basta aos refugiados ambientais, terem a concessão do visto humanitário temporário, o que os colocam, em termos de direitos, em condição semelhante dos próprios brasileiros, se de fato isso não ocorre na prática ou na realidade desses cidadãos?

Nessa linha, a conclusão vai um pouco em direção às possíveis soluções dos problemas apresentados, se a concessão dos direitos esbarra em limites práticos, como o fato deles não conhecerem a língua portuguesa, condição que facilitaria o acesso às informações, e por conseguinte, à justiça, para a sua proteção. Se faz necessária a busca de soluções viáveis que possam alcançar essa nova parcela da população, de forma a tornar efetivo o princípio do amplo acesso à Justiça, de forma eficaz, célere e com baixo custo. Para tanto, as propostas vão desde as iniciativas básicas, como a colocação de cartazes orientadores em língua “creole” nos locais de atendimento ao público, para que ele se sinta acolhido e respeitado, dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Há outras propostas mais complexas e audaciosas, como, por exemplo, a contratação em caráter excepcional, de haitianos no Judiciário para trabalharem nas Secretarias Judiciais ou postos avançados de atendimento, servindo como intermediários e/ou intérpretes para esta população. Além disso, aqueles

Tribunais que dispõem de projetos de Justiça itinerante ou postos avançados poderiam possibilitar a inclusão deles, como auxiliares de atendimento, porque dada a sua especial condição de vulnerabilidade, serviria com mais precisão, aos outros iguais, na mesma situação.

Na cidade de Porto Velho, os haitianos têm contribuído em várias frentes de trabalho, mas, deve-se atentar para as condições de trabalho, saúde, educação e moradia dessas pessoas. É nesse sentido, é urgente o diálogo entre as áreas do Direito Ambiental, Constitucional e Internacional, no sentido de se atualizarem para que possam trazer à luz das necessidades atuais, respostas aos conflitos que ferem os direitos dos cidadãos, haitianos.

Referências

ADORNO, Sérgio. Violência e Racismo. Discriminação no acesso à justiça penal. In: SCHWARCZ, Lília; QUEIROZ, Renato da Silva. **Raça e Diversidade**. São Paulo: EDUSP, 1995, p. 255-274.

BARBOSA, Luciana Mendes. **A construção da categoria de refugiados ambientais**: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas. 1º Simpósio em Relações Internacionais do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP E PUC-SP). São Paulo, 12 a 14 de novembro de 2007.

BRASIL. **Carta da Organização das Nações Unidas**. Promulgada pelo Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília. Distrito Federal. Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. 1997.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa nº 97**, de 12 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, as nacionais do Haiti. 1980.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 11**, de 07/07/1960. Aprova a Convenção de 25 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada pelo Brasil a 15 de julho de 1952.

BRASIL. **Decreto Executivo nº 50.215**, de 28/01/1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.

BRASIL. **Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos**. Publicado em 11 out. 2015. Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

COTINGUIBA, Geraldo Castro; PIMENTEL, Marília Lima. Apontamentos sobre o processo de inserção social dos haitianos em Porto Velho. **Travessia** (São Paulo), v. 70, p. 99-106, 2013.

DALLARI, Dalmo. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

EL-HINNAWI, Essam. Environmental Refugees. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 1985. In: RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa (Org.). **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.p. 131-136.

FERNANDES, DUVAL (Coord.); CASTRO, Maria da Consolação G. De. **Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral**. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014.

FRANCISCO, Wagner De Cerqueria E. **O Terremoto no Haiti**; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

GUILHOT, Nicolas. Limitando lasoberanía o produciendogobernamentalidad? Dos modelos de Derechos Humanos enel discurso político de Estados Unidos. **Política: revista de ciência política**, Universidad de Chile, v. 49, n. 1, p. 219-241, 2011.

JAMES, C. L. R. **Os jacobinos negros**. Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo, Boitempo, 2000.

KYMLINCKA, W. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. Precificação da água: entre o direito fundamental de acesso à água e a tragédia do bem comum. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. 6, p. 167-187.

MYERS, Norman. **Environmental Exodus: an emergent crisis in the global arena**. Washington DC: Climate Institute, 1995.

PETRARCA, FERNANDA RIOS, **Los Derechos Humanos se conquistan en la lucha: igualdad racial, activismo jurídico y la defensa de las causas colectivas en el sur de Brasil**. 2011. Disponível em: <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16745/17441>>. Acesso em 14 abr 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Camilla Rodriguez Braz. **A questão dos refugiados ambientais: Um novo desafio para o direito internacional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SILVESTRE, Sandra. **Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti Minustah**. Disponível em: <<https://ajonu.org/tag/minustah/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Violência de gênero na América Latina: uma análise dos casos apreciados pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Gender violence in Latin America: an analysis of the cases examined by the inter-american system for the protection of human rights

Isabela Hümmelgen
Kauan Juliano Cangussú
Thays Ricarte Lopes

Resumo: Este artigo desenvolve o conceito de *violência de gênero*, no contexto latino-americano, tendo como referência dez casos examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Seu objetivo é destacar como a Comissão e a Corte tratam as situações de violência de gênero, especialmente perante as particularidades da América Latina. No entanto, não há a intenção de chegar a conclusões que possam ser atribuídas a todas as realidades, dos diversos e heterogêneos países do continente. Pelo contrário, pretendem-se destacar, somente, o quão violentas, machistas e racistas essas sociedades podem ser para as mulheres. Os dez casos examinados, assim, foram escolhidos para denunciar essa face violenta e para analisar como o sistema interamericano reconhece (ou não) as violências cometidas, especificamente, contra mulheres, em razão de seu gênero.

Palavras-chave: Gênero. Violência. Direitos Humanos. América Latina; sistema interamericano.

Abstract: This article develops the concept of gender violence in the Latin American context, using as reference ten cases examined by the Inter-American

Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights. The aim is to point out how both the Court and the Commission deal with gender violence situations, especially given the particularities of Latin America. However, there is no intention of drawing conclusions that may correspond to all the diverse existing realities across the continent. On the contrary, the purpose is to highlight how violent, sexist and racist these societies can be to women. Therefore, the ten cases were chosen to denounce on this violence and report on how the inter-american system perceives (or not) the gender aspects of it.

Keywords: Gender. Violence. Human Rights. Latin America. Interamerican system.

Introdução

O presente trabalho utiliza como ponto de partida, dez casos de violência de gênero, selecionados pelo Sumário de Jurisprudência sobre Violência de Gênero¹ elaborado pelo CEJIL (*Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*) e apreciados pelos órgãos que integram o sistema americano de proteção dos Direitos Humanos: a Comissão Interamericana (CIDH) e a Corte Interamericana (Corte IDH) o que significa, mais do que uma questão metodológica, uma possibilidade de perceber manifestações dessa violência pela América Latina, de forma a reconhecer especificidades das violações exacerbadas, sofridas por mulheres no contexto latino-americano.

Nesse viés, ressalta-se que a pretensão não é, em momento algum, projetar para toda América Latina, as violências retratadas nesses casos específicos nem desenvolver as repercussões dos casos em si, por mais relevantes que tenham sido. Pretende-se, porém, reconhecer, nesses casos, elementos que refletem a realidade, marcadamente, violenta e machista vivenciada pelas mulheres nas sociedades latino-americanas. O machismo aqui retratado, afinal, é um fenômeno cultural atravessado por diversos fatores de ordem social e histórica. Suas manifestações, aparentes, nas diferentes identidades de poder masculino e

1 Esse sumário, publicado em 2010, é uma seleção dos textos de decisões emanadas por órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos relacionados à violência contra mulheres.

nos discursos de relações de gênero, constituídas na região, são marcadas pela composição multicultural e pluriétnicas das populações².

Dessa forma, a problematização levantada por este trabalho é identificar e questionar o tratamento dado pela Corte IDH e pela CIDH ao tema da violência de gênero, no contexto da América Latina. Buscou-se avaliar, de forma crítica, os discursos reproduzidos pelo sistema americano de Direitos Humanos, para que se reconheça a importância da contribuição jurídica, no âmbito internacional, e sua conexão com os contextos locais retratados e os problemas estruturais percebidos. Para isso, propõem-se analisar os relatórios de dez casos, nos quais estão presentes diferentes formas de violência contra a mulher, a partir de uma metodologia que teve como foco principal a percepção do recorte de gênero, nas conclusões dos órgãos.

1. Ser mulher na América Latina: construção da masculinidade, violência de gênero e direitos humanos, da mulher

A princípio, os estudos de gênero, no âmbito acadêmico, preocuparam-se em analisar a mulher, a construção da feminilidade e as relações de gênero. Contudo, ultimamente, tem-se focado mais atenção na construção da masculinidade e na violência masculina. Inclusive, no debate latino-americano, a desconstrução dos conceitos de “macho” e “machismo” são de primordial importância, já que esses conceitos são frutos de uma combinação de elementos históricos, culturais e sociais, muito diversos³.

Para Mara Vigoya⁴, o signo da masculinidade, na América Latina, está relacionado ao conquistador e à virilidade. A figura do “macho” é a encarnação

2 VIGOYA, Mara V. El machismo latinoamericano. Un persistente malentendido. In: VIVEROS, M.; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. (Comp.). **De mujeres, hombres y otras ficciones: género y sexualidad en América Latina**. Bogotá: Tercer Mundo; Universidad Nacional de Colombia, 2006. p. 111-128; p. 121.

3 GALINDO, Martha Zapata. Más allá del machismo. La construcción de masculinidades. In: HELFRICH, Silke (Dir.). **Género, feminismo y masculinidad en América Latina**. El Salvador: Econoprint S.A., 2001, p. 225-247; p. 225-226.

4 VIGOYA, Mara V. El machismo latinoamericano. Un persistente malentendido. In: VIVEROS, M.; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. (Comp.). **De mujeres, hombres y otras ficciones: género y**

do princípio masculino, arbitrário, brutal e sem controle, mas, poderoso e admirado, que encontra suas raízes no trauma da conquista: é o guerreiro revolucionário, o verdadeiro herói da nação. Há vertentes⁵ que entendem o machismo latino-americano, em sua relação com a produção das imagens nacionais, de ideal de masculinidade. Um homem que, a partir de sua formação militar disciplinada, estaria pronto para lutar contra o sistema e a ordem tradicional vigente, mas não contra o patriarcado. Pelo contrário, o patriarcado é propagado e reproduzido nessa nova ordem revolucionária⁶.

Vigoya⁷, contudo, alerta para o perigo de se apresentar uma imagem da região da América Latina, como uma totalidade homogênea, contínua e estática, ignorando as peculiaridades de cada comunidade e as trocas realizadas entre elas; ainda hoje, não é possível encontrar uma identidade única a todos os diferentes países latino-americanos. Mesmo assim, ela reconhece essa criação de identidades nacionais, centralizadas na figura do guerreiro revolucionário, como uma importante característica de resistência aos modelos de modernidade e progresso provenientes da Europa e dos Estados Unidos, até porque, essa imagem contribui para a valorização da população mestiça; a idealização da mestiçagem, pois, foi incorporada aos nacionalismos⁸.

O machismo, portanto, deve ser pensado como um comportamento que, não apenas oprime por meio da dominação de gênero, mas também, opera nas hierarquias sociais e étnico-raciais⁹. Gênero, raça/etnicidade e classe constituem eixos estruturantes da sociedade, e nos pontos onde se entrelaçam, compõem um nó que revela características distintas das que apresentam possuir,

sexualidad en América Latina. Bogotá: Tercer Mundo; Universidad Nacional de Colombia, 2006. p. 111-128; p. 113.

5 Nas palavras de Vigoya, “en esa corriente podríamos ubicar trabajos como el del antropólogo norteamericano Matthew Gutmann (1996, 1998), quien analiza el machismo en México y concluye que éste ha sido construido en medio de unas relaciones conflictivas entre los Estados Unidos y México.” (VIGOYA, *Op. Cit.*, p.114).

6 GOOSSES, Andreas. La Tierra gira masculinamente, compañero. El ideal de masculinidad del guerrillero. In: HELFRICH, Silke (Dir.). *Género, feminismo y masculinidad en América Latina*. El Salvador: Econoprint S.A., 2001 p. 207-223; p. 214-220.

7 VIGOYA, Mara V., *Op. Cit.*, p. 114.

8 VIGOYA, Mara V. El machismo latinoamericano. Un persistente malentendido. In: VIVEROS, M; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. *De mujeres, hombres y otras ficciones: género y sexualidad en América Latina*. Bogotá: Tercer Mundo: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 115-116.

9 *Ibidem*, p. 127.

isoladamente. Nesse ponto, as contradições se condensam e se potencializam de modo a desvelar que o sujeito, constituído em gênero, classe e raça/etnia, não é nada homogêneo¹⁰.

Desse complexo nó, surgem as desigualdades de gênero e os efeitos nefastos das construções de masculinidade. Na América Latina, essa problemática adquire peculiaridades próprias, a começar pelos altíssimos índices¹¹ de violência doméstica e sexual, contra a mulher. Índices esses, que apesar de altos não correspondem a realidade porque grande parte dos casos não são denunciados por causa de medo, dependência econômica e/ou afetiva e, principalmente, pela naturalização da violência masculina, que enraizada na sociedade, é reproduzida pelas autoridades estatais. Além disso, Vigoya¹² indica que as mulheres são as mais atingidas, também, em outras esferas, como por exemplo, a discriminação que se intensifica no caso das trabalhadoras rurais, em que são as principais vítimas de conflitos armados e despejos.

As desigualdades de gênero estão, claramente, associadas a própria construção de gênero que se faz socialmente. *A priori*, vale ressaltar que esse conceito não se confunde com o sexo biológico, podendo-se até estabelecer um vínculo orgânico entre eles, mas nunca um vai corresponder ao outro, pois, gênero a rigor, é uma categoria analítica que identifica as diferenças e especificidades sociais e culturais na construção e organização das categorias sexuais, nas sociedades latino-americanas, articuladas em torno da binariedade homem-mulher¹³. Aqui, cabe frisar que as potencialidades, de um viés feminista, não se esgotam com a utilização do conceito de gênero. Há, inclusive, uma série de críticas e problematizações formuladas sobre o conceito¹⁴, que envolvem

10 SAFFIOTI, Heleieth I. **Gênero, patriarcado, violência**. 2 ed. São Paulo: Expressão popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 83.

11 Vigoya utiliza dados fornecidos pela Unicef (2002) para realizar suas análises. (VIGOYA, Mara V., *Op. Cit.*, p.122-123).

12 *Ibidem*, p. 123.

13 MORENO, Marco Alejandro Melo. La categoría analítica de género: una introducción. In: VIVEROS, M.; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. (Comp.). **De mujeres, hombres y otras ficciones: género y sexualidad en América Latina**. Tercer Mundo: Universidad Nacional de Colombia, 2006. p. 33-38; p. 33.

14 Saffioti menciona quais são essas críticas, citando autores como A. Johnson e C. Pateman. SAFFIOTI, Heleieth I. **Gênero, patriarcado, violência**. 2 ed. São Paulo: Expressão popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 140-148.

desde a disputa pelo seu significado a denúncia de seu caráter a-histórico e, excessivamente, geral.

Propõe-se, portanto, a utilização do termo *patriarcado* para tornar contextualizada a forma de dominação exercida por homens contra mulheres, pois o termo gênero preenchido pela estrutura patriarcal de poder, possui um caráter contextual e carrega uma carga ideológica, que é justamente a lógica do patriarcado. A ordem patriarcal de gênero deixa, propositalmente, explícito o vetor de dominação e a exploração do feminino pelo masculino.

Nesse contexto, a violência ainda é necessária para a manutenção do *status quo*,¹⁵ e, na lógica da violência, os direitos humanos das mulheres são os mais atingidos, particularmente, os sexuais e reprodutivos, que seguem sendo desrespeitados¹⁶. Enfim, observa-se que o domínio e a utilização desse debate enriquecem e ampliam os horizontes a serem alcançados pelos direitos humanos, que nasceram cegos para as desigualdades de gênero, e focados, exclusivamente, nos Direitos do Homem. Por isso, optou-se pela adoção de uma perspectiva centrada na questão de gênero que possibilita a escolha de caminhos que levam a construção dos direitos humanos, sob uma ótica mais inclusiva.

Na conjuntura jurídica internacional, procurou-se estabelecer, ao longo dos anos, alguns marcos normativos para o combate da violência contra a mulher. Em 1979, foi adotada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em que se recebeu reservas, por parte dos Estados signatários, especialmente no que tange a igualdade entre mulheres e homens, no âmbito familiar¹⁷.

Em âmbito regional, é relevante destacar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) como o primeiro tratado internacional que reconhece a violência contra a mulher, como um fenômeno generalizado. Na Convenção, essa violência está definida como qualquer ato baseado no gênero, que cause sofrimento físico,

15 *Ibidem*, p. 148.

16 VIGOYA, Mara V. El machismo latinoamericano. Un persistente malentendido. In: VIVEROS, M.; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. (Comp.). **De mujeres, hombres y otras ficciones: género y sexualidad en América Latina**. Bogotá: Tercer Mundo; Universidad Nacional de Colombia, 2006. p. 111-128; p. 123.

17 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina G. Direitos humanos das mulheres, família e violência. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-91; p.68-69.

sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na esfera privada; qual seja, a violência baseada em gênero, contra a mulher porque se é mulher, ou contra mulheres, de forma desproporcional¹⁸.

No entanto, apesar dos esforços empenhados pelo sistema internacional para coibir a violência contra a mulher, não há dúvidas de que a prática continua sendo recorrente nas mais diversas sociedades, ao redor do globo. No contexto da América Latina, do qual se pretende discorrer neste trabalho, o machismo é certamente estrutural e a violência contra a mulher é sistêmica, e está presente em todas as esferas da sociedade. A questão, afinal, é muito mais profunda e complexa do que as teorias de direitos humanos são capazes de abarcar.

2. A violência de gênero na ótica do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: análise e reflexão sobre os casos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja função é a promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. Para isso, a Comissão possui um sistema de petições individuais, por meio do qual é permitido que indivíduos e ONGs ingressem, caso tenham esgotado todos os recursos internos, com denúncias de violações aos direitos consagrados na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos perpetradas por qualquer um dos Estados-parte. Após análise do caso, se a CIDH entender que o Estado de fato violou os direitos humanos alegados na petição inicial, é redigido relatório em que são apontadas recomendações a serem adotadas pelo Estado para a reparação dos danos e prevenção de novas violações. Passado o prazo de três meses para o cumprimento, caso o Estado restar inerte, o litígio pode ser encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹.

18 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina G. Direitos humanos das mulheres, família e violência. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das famílias por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-9; p. 71.

19 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.103.

A Corte IDH é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, com competência consultiva e contenciosa. Diferentemente da CIDH, apenas os Estados e a Comissão podem apresentar demandas à Corte. Qualquer Estado-parte da OEA pode consultá-la acerca da interpretação de tratados de direitos humanos, e somente Estados que reconhecem, expressamente, sua jurisdição, podem figurar como partes em processos contenciosos. As decisões da Corte podem determinar uma série de medidas a serem cumpridas pelo condenado, já que vincula, juridicamente, os Estados, razão pela qual são de cumprimento obrigatório perante o Direito Internacional²⁰.

Em termos metodológicos, a proposta inicial foi identificar o discurso dos órgãos sobre a temática de gênero. Para isso, buscou-se nos relatórios, qual foi o uso feito da expressão “gênero”, se foi de fato realizado e, caso contrário, se há algum reconhecimento por parte da Comissão e da Corte acerca das violências que são sofridas, especialmente, por mulheres. Em seguida, procuraram-se termos que pudessem se aproximar da realidade de desigualdade de gênero, como a identificação de discriminação contra a mulher e a violação ao princípio da isonomia. Naturalmente, todavia, outros pontos de relevância foram descobertos, conforme se relata a seguir.

O caso mais antigo, indicado no sumário do CEJIL é X e Y vs. Argentina, proposto em 1996, perante a CIDH, mesmo ano em que foi aberto o caso Raquel Martin de Mejia vs. Peru, também proposto perante a Comissão. Esses dois casos são muito diferentes entre si, principalmente em relação ao contexto e a história das vítimas. Mas, ambos têm em comum o tratamento dado pela Comissão, ao tema gênero, que é praticamente nulo. Antes de explicar essa constatação, contudo, relatam-se os casos.

X e sua filha Y (de 13 anos) propuseram o caso contra a Argentina porque foram submetidas a “inspeções vaginais” ao visitarem o marido e pai na prisão. A Comissão ressaltou que esse procedimento é bastante invasivo, agravando-se porque, no caso, havia uma criança. Porém, não reconhece o procedimento enquanto uma modalidade de violência de gênero, tampouco enquanto forma de discriminação contra mulheres. O único recorte feito acerca da condição feminina nas conclusões, formulado sutilmente e ligado a aspectos,

20 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 104.

exclusivamente, biológicos, está presente no entendimento de que as inspeções vaginais são degradantes, para o corpo feminino²¹.

No caso contra o Peru, Raquel Martín de Mejía, em junho de 1989, foi estuprada em sua casa, após o sequestro de seu marido, por um grupo de homens vestidos em uniformes militares. Como o caso acima, o relatório não trabalha com a expressão “gênero” e não reconhece que a violência institucional perpetrada está relacionada a existência de desigualdade estrutural de gênero. Entretanto, o relatório menciona estudos realizados pela *Anistia Internacional* e pelo *Humans Rights Watch* (HRW), cujos resultados indicaram que, durante as ofensivas da campanha de contra insurgência no Peru, habitar em certas regiões do Estado significava, para uma mulher, o risco eminente de ser estuprada, a qualquer momento, por conta de suspeitas de pertencimento a grupos insurgentes. Reconhece implicitamente, assim, que a condição feminina das vítimas influi na modalidade de violência perpetrada, pelos militares e na situação de impunidade dos crimes²².

Alguns anos depois, em 2001, foi proposto outro caso sobre o tema perante a CIDH, María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, cujo relatório desenvolve muito mais a questão de gênero. Esse caso, que colocou María Eugenia Morales de Sierra como vítima “simbólica”, objetivou questionar artigos do Código Civil guatemalteco, por expressarem evidentes desigualdades de direitos e obrigações entre os cônjuges. O principal ponto desse caso é a violação do princípio da igualdade, por conta da existência de uma *desigualdade estrutural*, entre os gêneros, no direito de família da Guatemala²³.

A Comissão, dessa forma, reconhece que há uma discriminação de gênero no Código Civil, porque a legislação reforça os padrões de uma sociedade, estruturalmente, desigual, em que mulheres são subordinadas aos homens. No caso, a discriminação contra a mulher se torna evidente com a reprodução de

21 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 38/96, caso 10.506. X e Y vs. Argentina, julgado em 15-10-1996a. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Argentina10506.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

22 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 5/96, caso 10.970. Raquel Martín de Mejía v. Peru, julgado em 1-3-1996b. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/cases/1996/peru5-96.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

23 *Idem*. Informe nº 4/01, caso 11.625. María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, julgado em 19-01-2001a. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

estereótipos de gênero pelos dispositivos legais, que criam uma imagem do marido provedor e da mulher dona de casa, ao impor, no texto legislativo, à esposa os cuidados com a casa e ao marido a gestão do patrimônio conjugal. A Comissão entende, ainda, que essa é uma discriminação em direção às mulheres casadas, por serem socialmente concebidas como dependentes de seus maridos²⁴.

Essa noção de subordinação e dependência econômica da mulher ao marido, reforçada pelo direito da Guatemala, não leva em consideração a violência do ambiente doméstico, de acordo com o relatório da Comissão. De fato, a questão da dependência está intimamente relacionada com o desenrolar de muitos casos de violência doméstica, conforme fica claro no caso de Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil (2001) e Jessica Lenahan (Gonzales) e outras vs. Estados Unidos (2001)²⁵, ambas as propostas perante a Comissão.

Maria da Penha foi vítima, durante todo o tempo da relação matrimonial, de violência praticada pelo seu marido. Essa violência sistemática, contudo, chegou a seu ápice quando ele lhe deu um tiro nas costas, enquanto ela dormia. Dessa agressão, Maria da Penha nunca se recuperou, pois teve paralisia decorrente das lesões, e passou por procedimentos cirúrgicos. Algumas semanas depois, foi vítima de mais uma tentativa de assassinato por parte do marido, que tentou eletrocutá-la, enquanto tomava banho²⁶.

A história de Jessica Lenahan começa da mesma forma: ela e suas filhas sofreram com o histórico violento do marido, que costumava quebrar brinquedos e outros objetos, impor uma disciplina severa e abusar física, psicológica e sexualmente de Jessica, até que ela resolveu se separar. Em uma noite após o divórcio, ele sequestrou as filhas, aparecendo com elas apenas no dia seguinte, na frente da delegacia da polícia, onde trocou tiros com os policiais. Ele morreu e os corpos das filhas foram encontrados no carro dele, baleados, mas não se sabe se as balas eram da arma dele ou dos policiais²⁷.

24 *Ibidem*.

25 Apesar de ser proposto contra os Estados Unidos, que não se encontra no recorte da América Latina, a requerente é de origem latino-americana e o caso traz vários elementos de convergência com os demais analisados, até porque também está inserido no sistema americano de proteção dos direitos humanos.

26 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 54/01, caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, julgado em 16-04-2001c. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

27 *Idem*. Informe nº 80/11, caso 12.626. Jessica Lehahan (Gonzales) y otros v. Estados Unidos, julgado em 21-07-2011. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/EEUU1490.05sp.htm>> Acesso em: 26 jun. 2016.

Nos dois casos, uma semelhança que chama atenção é o descaso das autoridades policiais, em lidar com as vítimas. No caso de Jéssica, na noite do sequestro das filhas, ela entrou em contato, em diversos momentos, com as autoridades locais, que não se esforçaram para ajudá-la a procurar as meninas, inclusive, chegando a desacreditá-la, mesmo que ela tivesse uma medida protetiva já decretada contra o ex-marido. No relatório, a Comissão, apesar de não relacionar gênero e violência, deixa claro que o caso se tratou de uma discriminação dos policiais, em relação a ela, e uma violação do princípio da igualdade²⁸. O relatório do caso de Maria da Penha, no mesmo viés, menciona a discriminação sofrida por vítimas de violência doméstica, na sociedade brasileira, que fica evidente a partir do tratamento dado, por agentes estatais, aos casos, pois as vítimas relataram que se sentiram humilhadas e envergonhadas, no momento de fazer a denúncia²⁹.

Além disso, a Comissão entendeu haver uma tolerância, do Estado brasileiro, com a violência sofrida por Maria da Penha, que não é exclusiva do caso, mas sim, sistemática. No caso de Jéssica, a Comissão reconhece que a violência de gênero é uma das formas mais extremas de discriminação contra a mulher, e menciona outros tipos específicos de discriminação que uma mulher pode sofrer, derivada da idade, raça, origem etc. Mesmo não elaborando o uso da expressão “gênero” em nenhum dos dois casos, em ambos, a Comissão compreende que a violência doméstica afeta, majoritariamente, mulheres³⁰.

Outro caso proposto perante a Comissão foi o de Ana, Beatriz e Celia González Pérez vs. México, em 2001: uma mulher e suas três filhas adolescentes, indígenas da Etnia Tzeltal, foram abordadas por militares no estado de Chiapas, e acusadas de pertencerem ao *Ejército Zapatista de Liberación Nacional* (EZLN). Por isso, as filhas foram levadas para um quarto, onde foram agredidas e estupradas, por horas, enquanto a mãe estava presa numa sala ao lado. Após libertadas, com medo de represálias, pois haviam denunciado seus agressores, e pela vergonha do repúdio da comunidade, abandonaram sua residência³¹.

28 *Ibidem*.

29 *Idem. Op. Cit.*

30 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 54/01, caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, julgado em 16-04-2001c. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

31 *Idem*. Informe nº 53/01, caso 11.565. Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México, julgado em 4-04-2001b. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/mexico11.565.htm>> Acesso em: 26 jun. 2016.

No relatório, embora a Comissão não faça referência, a violência e a discriminação de *gênero* sofrida por essas mulheres, é indicado, novamente, que a violência sexual é uma prática comum de tortura, durante conflitos armados, que atinge especialmente as mulheres. Ainda, a CIDH aponta em suas conclusões que a condição indígena agrava o sofrimento das vítimas, visto que não conheciam a língua de seus agressores e das autoridades envolvidas e, por conta das agressões, foram repudiadas pela própria comunidade³².

No caso Rosendo Cantú e outra vs. México, de 2010, a sentença da Corte IDH é semelhante a exposta acima. Nesse caso, Valentina R. Cantú, 17 anos, foi espancada e estuprada por soldados mexicanos perto de sua casa. Assim, como a Comissão, no caso de 2001, a Corte entendeu o estupro como prática comum de tortura e punição de mulheres, já que a vítima foi violentada, por não ter concedido aos soldados a informação que queriam, e destacou também a condição indígena da vítima, como agravante de seu sofrimento³³.

No caso de Valentina, todavia, há um diferencial: a Corte reconheceu estupro como violência cometida em razão de gênero e partiu da premissa de que há uma relação de poder desigual entre mulheres e homens. Menciona, ainda, a recomendação geral 19 do Comitê de Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, segundo a qual, a violência em razão de gênero, na medida em que obsta que mulheres gozem das mesmas liberdades e direitos dos homens, é considerada manifestação da discriminação contra mulher³⁴.

A violência contra a mulher cometida diretamente por autoridades estatais é uma questão recorrente dos casos analisados, dentre esses dez casos destacados pelo CEJIL, sete tratam de algum tipo de violação cometida, diretamente, pelo próprio Estado ou agentes que agiam em seu nome. Os dois casos mais emblemáticos dessa violência estatal são: o Penal Miguel Castro Castro vs. Peru, de 2006, e o Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, de 2009, ambos propostos perante a Corte Interamericana.

32 *Ibidem*.

33 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentença, Série C nº 225.Caso Rosendo Cantú y otra v. México, julgado em 31-08-2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf Acesso em: 26 jun. 2016.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentença, Série C nº 225.Caso Rosendo Cantú y otra v. México, julgado em 31-08-2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

Penal Miguel Castro Castro é uma penitenciária no Peru onde ficavam presas pessoas acusadas de terrorismo e traição. O caso apreciado pela Corte trata de um ataque contra ala de mulheres detentas, de quatro dias, realizado por agentes penitenciários e militares em que houve várias mortes, e as sobreviventes foram torturadas e obrigadas a ficar deitadas, no pátio da prisão, sem roupas, durante dias, período em que foram espancadas, pisoteadas, levaram choques elétricos e ficaram sem comida. Por fim, após o término dos ataques, foram encaminhadas a centros médicos, onde foram submetidas a ainda mais violência: algumas tiveram que ficar sem roupa, por dias, enquanto eram “guardadas” por soldados armados que ficavam assediando-as. Uma delas alega ter sido submetida a tratamento ginecológico desnecessário, procedimento no qual enfiaram o dedo em sua vagina³⁵.

O outro caso trata da falta de investigação estatal, das graves violações de direitos cometidas, durante o massacre ocorrido em dezembro de 1982, no *Parcelamiento de Las dos Erres*. Nesse massacre, militares guatemaltecos assassinaram mais de 256 habitantes de um povoado, acusados de colaborar com as *Fuerzas Armadas Rebeldes*, grupo insurgente. Muitos moradores foram submetidos a diversas formas de torturas antes de serem executados, e várias meninas e mulheres foram estupradas e espancadas. Algumas, grávidas, sofreram abortos por conta da violência das agressões³⁶.

Em ambos os casos, a Corte reconheceu que as mulheres vítimas sofreram violência específica por seu gênero. No caso da prisão do Peru, contudo, essa violência foi relacionada aos abusos sexuais, sofridos pelas mulheres. Em relação a questão da maternidade (algumas das presas estavam grávidas), a corte considerou que a violência contra elas foi intensificada. Além disso, a Corte aponta como a insurgência e rebeldia de mulheres é tratada pelo Estado: no caso, o ataque foi realizado contra *mulheres* presas por terem se revoltado contra a ordem estatal. Ademais, é relevante a consideração da Corte de que violência sexual não é apenas o estupro, mas também, qualquer forma de humilhação e violação do corpo feminino³⁷.

35 *Idem*. Sentença, Serie C, nº 160. Penal Miguel Castro Castro v. Perú, julgado em 25-11-2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

36 *Idem*. Sentença, Serie C nº 211. Caso De la Masacre de las Dos Erres v.. Guatemala, julgado em 24-11-2009b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

37 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença, Serie C, nº 160. Penal Miguel Castro Castro v. Perú, julgado em 25-11-2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

No caso do *Masacre de las Dos Erres*, é reconhecido que as mulheres e meninas foram, especificamente, violentadas sexualmente e agredidas, por conta de sua identidade de gênero. Ademais, as violências contra essas mulheres, durante o conflito armado interno na Guatemala, de 1962 a 1996, foram uma prática de Estado, comumente, empregada nos massacres, e constituíram uma forma de destruição reiterada da dignidade de centenas de mulheres no âmbito cultural, social, familiar e individual³⁸. Ainda, ao mencionar os dispositivos da Convenção de Belém, a Corte ressaltou que:

Puede afirmarse que la aplicación de la perspectiva de género, enriquece la manera de mirar la realidad y de actuar sobre ella, y de ahí la necesidad de mencionarla y aplicarla en el Caso de Las Dos Erres. En materia de derechos humanos permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socioculturalmente y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación³⁹.

Por fim, é necessário destacar elementos do caso emblemático *González e outras vs. México (Campo Algodonero)*, 2009. Nesse caso, a Corte IDH condenou o México pelo desaparecimento e pela morte, em *Ciudad Juárez*, das mulheres González, Ramos e Herrera, pobres e jovens. Os corpos das vítimas foram encontrados, semanas após seus desaparecimentos, em um campo de algodão, por pessoas da comunidade, com sinais de violência sexual e outras agressões. A responsabilidade estatal pelo ocorrido é evidente, já que não foram empreendidas ações concretas de busca pelas autoridades estatais, que ainda culpabilizaram as vítimas e seus familiares pelo ocorrido, exercendo juízo de valor⁴⁰.

Sobre o contexto de *Ciudad Juárez*, o próprio estado mexicano reconheceu que a região possuía altos índices de violência contra a mulheres, e que realizava poucas investigações exitosas, em delimitar os agressores. O México considerou que tais índices existem em razão da cultura de discriminação contra mulheres, arraigada na sociedade. Frutos dessa cultura, os assassinados cometidos em virtude de a vítima

38 *Idem*. Sentença, Serie C nº 211. Caso De la Masacre de las Dos Erres v.. Guatemala, julgado em 24-11-2009b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

39 *Ibidem*.

40 *Idem*. Sentença, Serie C nº. 205. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México, julgado em 16-11-2009a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

ser mulher, ou perpetrado com formas de violência que visem, especificamente, a atingir mulheres (abusos sexuais, mutilações de órgãos sexuais e seios etc.), são reconhecidos pela primeira vez pela Corte IDH como *feminicídios*⁴¹.

Ainda, nesse caso, a Corte realiza um extenso desenvolvimento do conceito de gênero. Define-o como relacionado a preconcepções de características atribuídas aos homens e as mulheres, em determinado contexto sócio-histórico. Entende que, nas sociedades atuais, as relações de poder estabelecidas, historicamente, são desiguais e a violência contra a mulher é uma manifestação dessas iniquidades. A análise centrada no gênero permitiu, portanto, que fossem destrinchados, com maior profundidade, as causas e fatores responsáveis pela violação dos direitos humanos, na conjuntura em que as vítimas se encontravam.

Conclusão

Diante das observações expostas, ressalva-se a importância da adoção, pelos órgãos do sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos, de conceitos e discussões formulados pelas/os teóricas/os feministas. Observou-se, na análise dos casos, que a adoção de uma perspectiva de gênero possibilitou a formulação de um retrato mais rico da realidade, no qual são destacadas especificidades das violências sofridas, pelas vítimas, em razão de desigualdades estruturais que permeiam as relações de gênero na sociedade.

Outrossim, os órgãos passaram a perceber mais, nitidamente, que a ausência de políticas públicas que, efetivamente, previnam a violência de gênero e os altos índices de impunidade são reflexos de que os Estados não têm buscado reverter os traços, profundamente machistas e patriarcais das sociedades latino-americanas. Traços esses que, é possível perceber, que transcendem as diferenças culturais e se manifestam, ainda que diversamente, nas diversas classes sociais e etnias/raças do continente⁴².

41 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença, Serie C nº. 205. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México, julgado em 16-11-2009a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acesso em: 26 de jun. 2016.

42 PEDROZA, Blanca. Discriminación, Violencia de Género y Crisis Económica en America Latina. In: GIRÓN, A. *Crisis económica: una perspectiva feminista desde América Latina*. Caracas: CLASCO. 2010. p. 159-178; p. 169.

De fato, os direitos humanos, em sua totalidade, não são homogêneos nem universais; adotam, pois, diferentes perspectivas de acordo com o grupo social que pretendem atingir. Tem-se uma teia complexa de interações, que envolvem gênero, raça e classe social, bem como, posicionamentos religiosos e práticas culturais. Dentro dessas leituras múltiplas, é possível estabelecer balizas evitando o resvale para o arbítrio individual. No contexto atual, já é possível identificar a existência de “uma consciência avançada da situação, capaz de definir os direitos humanos no feminino, como, aliás, vem sendo feito nos campos da saúde, da educação, da violência, no terreno jurídico etc.”⁴³.

Referências

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL - CEJIL. **Sumarios de Jurisprudencia: violencia de género**. Buenos Aires: Folio uno S.A. 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 38/96, caso 10.506. **X e Y vs. Argentina**, julgado em 15-10-1996a. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Argentina10506.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 5/96, caso 10.970. **Raquel Martín de Mejía v. Peru**, julgado em 13-1996b. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/cases/1996/peru5-96.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 4/01, caso 11.625. **María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala**, julgado em 19-01-2001a. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 53/01, caso 11.565. **Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México**, julgado

43 SAFFIOTI, Heleieth I. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 83.

em 4-04-2001b. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/mexico11.565.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe 54/01, caso 12.051. **Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil**, julgado em 16-04-2001c. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 80/11, caso 12.626. **Jessica Lehanan (Gonzales) y otros v. Estados Unidos**, julgado em 21-07-2011. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/EEUU1490.05sp.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença, Serie C, nº 160. **Penal Miguel Castro Castro v. Perú**, julgado em 25-11-2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença, Serie C nº 205. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México**, julgado em 16-11-2009a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença, Serie C nº 211. **Caso De la Masacre de las Dos Erres v.. Guatemala**, julgado em 24-11-2009b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença, Série C nº 225. **Caso Rosendo Cantú y otra v. México**, julgado em 31-08-2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

GALINDO, Martha Zapata. Más allá del machismo. La construcción de masculinidades. In: HELFRICH, Silke (Dir.). **Género, feminismo y masculinidad en América Latina**. El Salvador: Econoprint S.A., 2001, p. 225-247.

GOOSSES, Andreas. La Tierra gira masculinamente, compañero. El ideal de masculinidad del guerrillero. In: HELFRICH, Silke (Dir.). **Género, feminismo**

y masculinidad en América Latina. El Salvador: Econoprint S.A., 2001 p. 207-223.

MORENO, Marco Alejandro Melo. La categoría analítica de género: una introducción. In: VIVEROS, M.; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. (Comp.). **De mujeres, hombres y otras ficciones: género y sexualidad en América Latina**. Tercer Mundo: Universidad Nacional de Colombia, 2006. p. 33-38

PEDROZA, Blanca. Discriminación, Violencia de Género y Crisis Económica en América Latina. In: GIRÓN, A. **Crisis económica: una perspectiva feminista desde América Latina**. Caracas: CLASCO. 2010. p. 159-178.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina G. Direitos humanos das mulheres, família e violência. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67-91.

SAFFIOTI, Heleieth I. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

VIGOYA, Mara V. El machismo latinoamericano. Un persistente malentendido. In: VIVEROS, M; RIVERA, C.; RODRIGUES, M. (Comp.). **De mujeres, hombres y otras ficciones: género y sexualidad en América Latina**. Bogotá: Tercer Mundo; Universidad Nacional de Colombia, 2006. p. 111-128.

○ Islã e a pretensão de universalidade dos direitos humanos: transconstitucionalismo como indicador de nova compreensão?

Islam and the pretension of universality of human rights: transconstitutionalism as an indicator of new understanding?

*Silvana Paula Martins de Melo
Júlia Maia de Meneses Coutinho*

Resumo: A abordagem deste tema reside, inicialmente, nas discussões relativas ao Mundo Islâmico e a pretensão de universalidade normativa dos direitos humanos na contextura da sociedade mundial, destacando a relevância de se levar em conta, não apenas os padrões ocidentais, mas também, a cultura e a história do povo islâmico, que, atualmente, se expressa em número elevado como parte da população de vários países do Ocidente. Logo após, faz-se uma exposição acerca dos direitos humanos e de algumas das mais importantes noções contemporâneas. Em seguida, examinam-se conceitos próprios do Islã para, posteriormente, destacar aspectos do Direito islâmico no âmbito dos direitos humanos. Por fim, se analisa o transconstitucionalismo como uma nova modalidade de compressão das diferenças do Mundo islâmico ante os direitos humanos. O tema em estudo é importante nas relações internacionais, pois questões controversas envolvendo os direitos humanos, não se restringem aos limites geográficos dos Estados soberanos.

Palavras-chave: Islã. Direitos Humanos. Sociedade mundial. Universalidade. Transconstitucionalismo.

Abstract: The approach to this topic lies initially in the discussions on the Islamic World and the claim to normative universality of human rights in the context of

world society, highlighting the importance of taking into account not only Western standards but also the culture and history of the people Which is currently expressed in high numbers as part of the population of several countries in the West. Soon after, an exposition is made about human rights and some of the most important contemporary notions. Then, concepts of Islam are examined, later on to highlight aspects of Islamic law in the field of human rights. Finally, transconstitutionalism is analyzed as a new modality of compression of the differences of the Islamic world before the human rights. The subject under study is important in international relations, as controversial issues involving human rights are not restricted to the geographical boundaries of sovereign states.

Keywords: Islam. Human rights. World society. Universality. Transconstitutionalism.

Introdução

Questões controversas envolvendo direitos humanos na sociedade moderna, sem qualquer dúvida, não se restringem aos limites geográficos dos Estados soberanos. Nesse sentido, é indispensável sobrelevar a noção de que a sociedade moderna é compreendida, no modelo da Teoria dos Sistemas Sociais¹, como sociedade mundial, multicêntrica ou policontextural em que emergem discussões relativas ao Mundo Islâmico e a pretensão de universalidade normativa dos direitos humanos, cercadas por mitos, polêmicas e descompassos. Assim, é necessário vencer o estranhamento e a ignorância, para que se possa refletir sobre as vicissitudes do sentido e da implementação dessas normas, na ordem contemporânea.

Substancial é que se levem em conta não apenas os padrões ocidentais, mas também, a cultura e a história do povo islâmico (muçulmanos), objeto deste trabalho, que, atualmente, se expressa em número elevado como parte da população de vários países do Ocidente, em virtude da intensificação das migrações forçadas ensejada, principalmente, pela guerra civil na Síria e pela ascensão do terrorismo. A situação dos migrantes, descendentes e revertidos ao islã ocasiona, em alguns países ocidentais, um movimento de intolerância aos muçulmanos, gerando dúvidas de como solucionar as dificuldades decorrentes desse panorama de exclusão ocasionado pela premissa de que “todo” muçulmano é terrorista, quando não é.

1 Luhmann, inspirado na Teoria dos Sistemas de Origem nas Ciências Biológicas, propõe a Teoria dos Sistemas Sociais para estudar a sociedade contemporânea.

Para esses dilemas, não parece adequado propor soluções simplistas e generalizantes, pois são pontos de enorme complexidade, principalmente, considerando as diferenças de padrões morais e culturais entre os próprios países islâmicos. Assim, impõe-se a superação de estigmas disseminados pelo senso comum na sociedade ocidental, entre os quais, o de que a ter crença islâmica é sinônimo de ser terrorista.

A temática proposta se insere, quanto às diferenças de padrões morais e culturais, no movimento dos direitos humanos, especificamente, com respeito ao Mundo islâmico, objetivando desmistificar alguns aspectos do Islã e encontrar a maneira de manter os direitos humanos abertos e inclusivos à alteridade dos muçulmanos e, por via de consequência, estimular autotransformações nos países islâmicos.

Esta pesquisa, de acordo com os objetivos propostos, no que concerne aos fins é exploratório e no respeitante às fontes ou procedimentos é bibliográfica e documental. Quanto a coleta de dados, ocorreu por meio da observação e no que se refere à abordagem do problema é qualitativa, sendo de natureza teórica².

Assim, este ensaio se estrutura em cinco tópicos, incluindo a Introdução. Na segunda parte, faz-se uma exposição de algumas noções importantes sobre o conceito de direitos humanos. e de algumas das mais importantes noções contemporâneas. Em seguida, examinam-se alguns conceitos próprios do Islã para, posteriormente, destacar aspectos do Direito islâmico no âmbito dos direitos humanos. Por fim, se analisa o transconstitucionalismo como uma nova modalidade de compressão das diferenças de padrões históricos e culturais do Mundo islâmico ante os direitos humanos, seguindo-se a Conclusão.

1. Pretensão de universalidade dos direitos humanos e diversidade cultural

O desenvolvimento dos direitos humanos foi oriundo de um processo histórico e gradativo ocorrido ao longo do tempo, em relação à estrutura da sociedade, através de lutas e revoluções diversas. Porém, sua consolidação nas relações internacionais surgiu em meados do século XX, em decorrência

2 FERRAREZI Jr., Celso. **Guia do trabalho científico: do projeto à redação final – monografia, dissertação e tese.** São Paulo: Contexto, 2011.

da Segunda Guerra Mundial³, período em que houve grande esforço para a reconstituição dos direitos humanos, como modelo e referencial ético capaz de aproximar o Direito e a Moral. Sobre o tema, Lafer⁴, adotando a terminologia de Arendt, ensina que o maior direito passa a ser o direito a ter direitos.

Do repúdio internacional ao holocausto, emerge um dos documentos mais importantes, a saber: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948⁵, com pretensão de universalidade⁶. Hodiernamente, existem várias correntes para compreender os direitos humanos. Neste artigo se abordará, sucintamente, apenas algumas correntes, objetivando contextualizar a evolução dessas ideias na sociedade mundial.

Na concepção ontológica adotada pela Organização das Nações Unidas⁷, os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Essa linha de pensamento tem perspectiva internacionalista, ao preceituar que o texto da Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, consagrando um consenso sobre valores de cunho mundial, a serem seguidos pelos Estados. Os direitos humanos, de acordo com essa corrente, decorrem da dignidade humana, na condição de valor intrínseco à circunstância de seres humanos. Eles defendem o mínimo ético irredutível e a possibilidade de se instituir uma moral universal⁸.

3 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68-69.

4 LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Schwarcz, 1991. p. 154.

5 ONUBR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 13 jul. 2016a.

6 HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p. 202-204.

7 ONUBR. **Governo federal abre consulta pública sobre recomendações de direitos humanos da ONU ao Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/governo-federal-abre-consulta-publica-sobre-recomendacoes-de-direitos-humanos-da-onu-ao-brasil/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

8 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

Kant⁹, embora remeta à existência de uma moral universal, se manifesta contrariamente a ontologia como conhecimento válido, pois considera que toda pretensão ontológica é dogmática e ingênua. Ele defende, assim, a ideia de um direito natural universalmente válido, apontando para a liberdade como fundamento de todos os direitos e, por conseguinte, como base da noção de direitos humanos universalmente válidos.

Para Rawls¹⁰, os direitos humanos se ligam aos limites do uso da força e ao respeito pela soberania e autodeterminação. Também, manifestam adesão a ideia de universalidade, pois são considerados como direitos morais universalmente válidos. Não, porém, em sentido jusnaturalista, mas sim no senso pragmático de estabelecer iguais condições de cooperação entre os povos. Com efeito, a universalidade na percepção de Rawls reside na capacidade desses direitos serem igualmente formulados, justificados e aceitos.

Em sentido oposto, para os relativistas, a noção de Direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social, e também moral, vigente em determinada sociedade. De tal sorte, cada cultura possui o próprio discurso acerca dos direitos humanos, relacionando-os as específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Ou seja, de acordo com essa corrente, não há moral universal já que a história do mundo é baseada na pluralidade de culturas, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais denotadas por parte de cada sociedade, assim como seu peculiar sistema moral¹¹.

No meio do embate entre universalistas e relativistas, Santos¹² postula uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no diálogo entre as culturas, compondo um multiculturalismo emancipatório. Ele adiciona um arrazoado de que o multiculturalismo é procedente de uma relação equilibrada mutuamente potencializadora entre a competência global e a legitimidade local,

9 KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 59; KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 57.

10 RAWLS, John. **The law of peoples (with "The idea of public reason revisited")**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2001.

11 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt>>. Acesso em: 13 jul. 2016. OLIVEIRA, Frederico Antônio de. Direitos Humanos, pluralismo jurídico e multiculturalismo: uma relação importante à emancipação social. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4, p. 231-238.

que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no fluente tempo. Em sua inteligência, deve ser superado o debate sobre relativismo e universalismo cultural, com supedâneo na transformação cosmopolita dos direitos humanos.

Ainda sobre o diálogo entre as culturas, Sen¹³ faz críticas às interpretações autoritárias, enfatizando a importância da liberdade e da tolerância, alegando que “Os direitos humanos são vistos como direitos que são comuns a todos, independente da cidadania. Ou seja, os benefícios que todos deveriam ter”. Já de acordo com Neves¹⁴, o conceito de direitos humanos, na complexa e heterogênea sociedade mundial, relaciona-se com a abertura dessa sociedade para o futuro e com a ideia central de inclusão jurídica como acesso ao Direito, pois a exclusão jurídica de amplos grupos humanos denota-se, exatamente, como a dimensão negadora dos direitos humanos.

Nessa conjectura, percebe-se que a imposição de quaisquer padrões, no caso, os padrões ocidentais, não se exprime como a melhor maneira para solucionar problemas delicados que tocam os direitos humanos, pois não se pode simplesmente desconsiderar histórias e culturas diferentes, sob pena de exclusão jurídica do povo islâmico, conforme se busca demonstrar. Com isso, não se objetiva defender a posição relativista, mas, apenas apresentar uma atitude crítica, relativamente, à pretensão de universalidade dos direitos humanos.

Neves¹⁵ entende que direitos humanos têm pouca relação com o consenso ou com as condições discursivas ideais para a busca do acordo global. Ao contrário, defende a posição de que emergem no contexto de dissenso estrutural, que advém com o surgimento da sociedade moderna. Para ele, uma ordem fundada no consenso a respeito dos conteúdos valorativos prescinde dos direitos humanos, pois a virtude decorrente da harmonia social, já no plano

13 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 296.

14 NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2016.

15 NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

das estruturas normativas, inclui os que aceitam a respectiva ordem e exclui, desconsiderando ou reprimindo, os que não concordam com ela.

A noção de direitos humanos não pode mais ser compreendida apenas como um assunto particular do Ocidente, pois, há que se ajustar ao mundo moderno, também do ponto de vista de outras culturas, numa tentativa de solucionar vários problemas acerca dessa noção, principalmente quanto à pretensão de universalidade. Na atualidade, suscita-se a necessidade de uma fundamentação racional dos direitos humanos.

Na concepção de Costa¹⁶, não se pode renunciar a diversidade cultural, pois a compreensão humana sempre se desenvolve com apoio em distintas tradições e culturas. Em sua percepção, querer sustentar a tese da universalidade dos direitos humanos, transformando a autocompreensão das culturas e das tradições, pode se revelar apenas como posicionamento arbitrário e autoritário, de uma cultura ocidental, com o objetivo de se impor sobre outras culturas. À vista disso, Costa defende o argumento de ser imprescindível justificar racionalmente, de modo suficiente, a pretensão à validade universal da ideia de direitos humanos, o que não parece ofício simples.

Essa necessidade de justificação racional dos direitos humanos dialoga perfeitamente com as lições de Popper¹⁷, para destacar a importância de que se tenha uma atitude crítica em relação ao senso comum, pois não devem ser desprezados os diversos padrões culturais. Tal fator faz com que se remeta a uma regra metódica, nascida com o advento da Antropologia, tratada por Lévi-Strauss¹⁸ como o “princípio da alteridade”, ou seja, da identificação com o outro, mesmo que este seja mais fraco ou mais humilde.

Existe, em curso, uma teoria crítica dos direitos humanos¹⁹ que se contrapõe a teoria tradicional. Há de se ressaltar, entretanto, a noção de que aquela não despreza totalmente os ensinamentos desta. Na realidade, a teoria crítica cobra a realização das promessas, de liberdade e igualdade efetivamente, pois, a

16 COSTA, Reginaldo da. Justificação racional, ideia de direitos humanos e multiculturalidade. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza**, v. 28, n. 2, p.279-288, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12208>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

17 POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**. Epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 21.

18 LÉVI-STRAUSS. **Antropologia estrutural 2**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 42-43.

19 Teoria crítica teve origem nas sociedades modernas. É comprometida com valores. Denota como grandes expoentes: Alan Gewirth, Charles Beitz, James Griffin, Henry Shue e Allen Buchanan.

grande questão, gravita à órbita da maneira como os direitos humanos, em sua pretensão de universalidade, podem se manter abertos e inclusivos à alteridade das inúmeras culturas vivas, especialmente a de perfil islâmico.

2. O Mundo islâmico no panorama dos direitos humanos

Antes tratar do Mundo islâmico na conjuntura dos direitos humanos, faz-se indispensável destacar as sensíveis diferenças envolvendo os conceitos relacionados ao Islã, aos muçulmanos e ao Mundo islâmico²⁰.

O Islã, mais do que uma religião, é uma doutrina ideológica completa que rege a vida de muçulmanos (seguidores da fé islâmica) e não-muçulmanos. Seus adeptos, anteriormente, eram politeístas até que Muhammad (Maomé), considerado por eles como profeta, disseminou a ideia da existência de um só deus, Allah, ensejando o surgimento do islamismo no sentido religioso, no século VII. O livro sagrado do islamismo, conhecido como Corão ou Alcorão se tornou o fundamento escrito da fé muçulmana, bem como, da legislação dos países islâmicos. Disso, depreende-se o fato de que há síntese entre fé religiosa e organização sociopolítica. O islamismo é uma doutrina em ascendência, considerada a segunda crença religiosa de maior elevação no mundo²¹.

As expressões Mundo islâmico e Mundo muçulmano²² são sinônimas e plurívocas, podendo ser expressas em sentido cultural, religioso, relacionar-se àqueles que aderem aos ensinamentos do islamismo (muçulmanos/islamitas)

20 Faz-se necessário aduzir o fato de que alguns aspectos históricos reunidos no escrito foram extraídos em consultas a sítios eletrônicos. As consultas e considerações trazidas à baila se justificam pelo fato de que o Mundo islâmico é pouco conhecido entre os ocidentais. Assim, suas relações com outros sistemas seriam incompreensíveis, sem que se fizessem tais esclarecimentos preliminares.

21 LE GOFF, Jacques. **História e memória**. São Paulo: Editora da Unicamp, 1990. p. 293; CENTRO islâmico do Ceará. **Qual a verdade sobre o Islam?** Fortaleza: Centro islâmico do Ceará, 2009. p. 5; ONUBR. **Governo federal abre consulta pública sobre recomendações de direitos humanos da ONU ao Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/governo-federal-abre-consulta-publica-sobre-recomendacoes-de-direitos-humanos-da-onu-ao-brasil/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

22 É necessário sobrelevar, para que se evitem desacertos corriqueiros, que o conceito de Mundo árabe difere da ideia de Mundo islâmico, aquele está voltado para o aspecto da nacionalidade e este pode se mostrar, repita-se, em sentido cultural, religioso e geopolítico moderno. Portanto, os árabes podem ser seguidores das mais diversas crenças (Cristianismo, Judaísmo etc.), muito embora grande parte tenha aderido ao Islã.

e geopolítico moderno, indicando nação islâmica que, geralmente, se refere coletivamente à maioria muçulmana em países, estados, distritos ou cidades²³.

Existem alguns mitos sobre o Islã, propagados na sociedade ocidental. Dentre eles, citam-se o de que “muçulmano é terrorista”. Tenciona-se afastar esse equívoco, esclarecendo que as práticas terroristas são oriundas de desviados do Islã²⁴, inclusive de ocidentais²⁵, que aderem aos ensinamentos corrompidos. Os líderes extremistas, na realidade, visam ao poder (petróleo, território etc.) deturpando os verdadeiros ensinamentos islâmicos, voltados para justiça, paz e harmonia, se aproveitando dos menos favorecidos nos aspectos: psicológico, intelectual e/ou financeiro²⁶. Santos²⁷ entende que existem “o Islã” e “o Islã fundamentalista”. Este, segundo o autor, tem base na interpretação rígida da lei islâmica (*Shari'a*) e permeia toda a sociedade e a vida pública e privada dos crentes.

Atualmente, em uma conjuntura de intensos conflitos em países do Oriente Médio, diversos muçulmanos, temendo perder a vida, buscam refúgio em países ocidentais, encontrando-se, demasiadamente, fragilizados. Noticia-se o fato de que a guerra civil, concentrada, precipuamente, na Síria, deu ensejo à situação de mais de três milhões de refugiados, que buscam auxílio, em sua maioria, nos países ocidentais. Tal guerra é considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como a “maior crise humana da nossa Era”, haja vista que quase metade da população está sendo forçada a deixar suas casas²⁸.

23 LE GOFF, Jacques. **História e memória**. São Paulo: Editora da Unicamp, 1990. p. 312.

24 Entre os grupos terroristas no atual desenho da sociedade mundial, ganha notoriedade o Estado Islâmico, sob o comando de Abu Bakr al-Baghdadi, considerado um dos mais perigosos do Mundo. Concentra-se, principalmente, no Iraque e na Síria. Ressalta-se que a palavra Estado, aqui, não está relacionada ao conceito de Estado soberano.

25 Merece destaque a expressiva quantidade de radicais (desviados do Islã) que integram a população de vários países ocidentais, como França, Alemanha e Bélgica, alguns objetivando recrutar jovens ocidentais para prática de atos terroristas, porquanto utilizar ocidentais como “garotos-propaganda” é uma estratégia do Estado Islâmico para impor medo no Ocidente e atrair mais seguidores. Por via de consequência, há uma notória adesão de ocidentais aos preceitos do Estado Islâmico.

26 CENTRO islâmico do Ceará. **Qual a verdade sobre o Islam?** Fortaleza: Centro islâmico do Ceará, 2009. p. 29.

27 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 58-64.

28 ONUBR. **Governo federal abre consulta pública sobre recomendações de direitos humanos da ONU ao Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/governo-federal-abre-consulta-publica-sobre-recomendacoes-de-direitos-humanos-da-onu-ao-brasil/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Alguns ocidentais, adotam posição de hostilidade com os muçulmanos, receando a prática de condutas ligadas ao terror, e com medo de que os jovens ocidentais aderentes aos grupos radicais desviados do Islã retornem aos seus países com a finalidade de realizar ataques terroristas. Resta claro que os maiores prejudicados com esse equívoco são os verdadeiros muçulmanos, ou seja, aqueles que de fato seguem o Islã, principalmente quando se exprimem na qualidade de migrantes, refugiados e descendentes de muçulmanos nos países ocidentais, pois, em virtude de serem estigmatizados como terroristas, são vítimas de intolerância e de *islamofobia*.

Evidencia-se, entretanto, o fato de que, historicamente, os muçulmanos e não muçulmanos estabeleceram uma relação de respeito mútuo, daí sobressaindo-se a noção de que a gênese do terrorismo não é a religião muçulmana, mas questões políticas que tocam o histórico ocidental colonialista²⁹.

2.1 Direito islâmico e direitos humanos

O Direito islâmico não é uma ordem normativa criada por um Estado ou por outro poder político, pois tem origem divina e se dirige a cada muçulmano e, igualmente, a todo ser humano que é chamado a reconhecer a revelação e a se submeter à vontade de Deus³⁰.

Além de todas as dificuldades enfrentadas pelo desconhecimento do Islã, conforme ressaltadas anteriormente, ainda restam inexploradas as discrepâncias entre padrões culturais dos próprios países islâmicos, que ensejam a produção de legislações conservadoras³¹ e outras liberais³², isto é, a legislação islâmica

29 CENTRO islâmico do Ceará. **Qual a verdade sobre o Islam?** Fortaleza: Centro islâmico do Ceará, 2009. p. 29.

30 NASSER, Salem Hikmat. Direito Islâmico e Direito Internacional: os termos de uma relação. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 725-744, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/14_rev16_725-744_-_salem_hikmat_nasser.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

31 Exemplo de país por demais conservador é Arábia Saudita, cuja forma de governo é monarquia absolutista, sem constituição, governada com base na *Sharia*. Foi o último país a garantir o voto às mulheres que, atualmente, são proibidas de dirigir automóveis.

32 Exemplo de país mais progressista é o Líbano, cuja forma de governo é republicana e o sistema de governo é parlamentarista. Possui Constituição. As mulheres podem votar, trabalhar, dirigir automóveis etc.

(*Shari'a*), embora retire o fundamento de validade do Alcorão e da *Sunna*³³, pode variar de acordo com o país.

Assim, alguns países islâmicos, como Arábia Saudita e Paquistão, adotam posições não condizentes com os preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948. Consequentemente, a sua adaptação às respectivas legislações e práticas nacionais resta prejudicada, sob o argumento de que ela se choca com a lei islâmica. Destaca-se, então, a importância da existência da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981, baseada no Alcorão e na *Sunna* que preceitua a origem divina de tais direitos e que, portanto, não estão sujeitos a qualquer redução ou violação por nenhum governante, governo, assembleia ou autoridade. Com efeito, é conferida primazia ao cumprimento das legislações nacionais³⁴, pois, a lei islâmica exerce supremacia sobre todas as leis feitas pelos homens. Assim, percebe-se a necessidade social de entendimento e inclusão das peculiaridades do direito islâmico no movimento dos direitos humanos, pois existem princípios humanos presentes no Alcorão.

A princípio, portanto, pode-se constatar que os problemas não residem propriamente no Islã, mas sim na literalidade e interpretação rasa, ou mesmo na deturpação dos preceitos do Alcorão, com esteio na divergência de padrões culturais dos próprios países ditos islâmicos, ou nos interesses egocêntricos que resvalam em organizações terroristas.

3. Transconstitucionalismo como uma nova maneira de compreensão do Mundo islâmico no panorama dos direitos humanos

Os últimos acontecimentos no quadro internacional demandam a compreensão do Direito no Mundo islâmico³⁵, para solucionar possíveis

33 *Sunnah* serve para designar a maneira como o profeta Muhammad aplicou e ensinou no Islã. Fazendo uma analogia com o direito brasileiro, o Alcorão equivalente à Constituição, enquanto a *Sunnah* faz as vezes de comentários à Constituição.

34 OCI. Organização para a Cooperação Islâmica. **Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos**. 1981. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

35 Para exemplificar, na Alemanha, há um crescente movimento de rejeição à população muçulmana. Essa posição se fortalece, igualmente, em países como França, Suécia e Holanda. Alguns países

contendas que denotarão intensivo assento nos direitos humanos, realidade que se torna ainda mais factível, porquanto grande parcela da população mundial é formada por muçulmanos e que na sociedade mundial, diversos problemas de direitos humanos não se restringem aos limites geográficos. Luhmann³⁶ entende que, quando as esferas funcionais (religião, economia, educação, pesquisa, política, relações íntimas, turismo, comunicação de massas etc.) se desdobram autonomamente, rompem as limitações do território social.

Com efeito, havendo desacordos que ultrapassam as fronteiras dos Estados soberanos, o transconstitucionalismo pode se exprimir como instrumento metodológico de entendimento da relação entre as culturas ocidental e oriental, ou seja, como novo modo de pensar os problemas, antes de propor soluções simplistas, no tocante ao mundo islâmico no panorama dos direitos humanos.

Fazer explanações sobre o termo transconstitucionalismo é indispensável, pois se trata da tese desenvolvida por Neves³⁷, como alternativa na solução de problemas constitucionais, envolvendo distintas ordens jurídicas. O autor se utiliza da teoria dos sistemas sociais, desenvolvida por Luhmann³⁸, com base em percepções das ciências biológicas, para explicar os fenômenos jurídicos referentes ao relacionamento entre ordens jurídicas, materializando sua proposta na terminologia sistêmica e nela procurando a fundamentação adequada para confirmar seu posicionamento.

Neves³⁹ se reporta as modalidades de transconstitucionalismo, entre elas a pluridimensional dos direitos humanos, e propõe diálogos constitucionais entre as diversas ordens do sistema jurídico mundial. Ele alerta, ainda, para o fato de que referidos diálogos não são orientados para o entendimento entre cortes ou instâncias

ocidentais baniram ou buscam rechaçar a utilização do véu islâmico, na modalidade burca, que, apesar de significar "modéstia de vestir" na cultura islâmica, passou a ser considerado um dos maiores símbolos do radicalismo. Em contrapartida, os terroristas, principalmente, do Estado Islâmico, continuam realizando atentados. Em situações como essas, o prejuízo maior é suportado pelos verdadeiros muçulmanos que restam duplamente apenados, principalmente, os refugiados, pois temem permanecer em seus países de origem, de modo que arriscam as próprias vidas e, igualmente, a vida de seus familiares, em busca de auxílio junto aos países ocidentais. Muitas vezes, no entanto, não alcançam o objetivo, pois há um grande índice de mortes durante o percurso, ou, quando conseguem se evadir, encontram forte preconceito e dificuldades de cunho burocrático para permanecer nos países ocidentais.

36 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 155.

37 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

38 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

39 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 249.

de ordens jurídicas diversas, pois, para ele, os problemas transconstitucionais importam à dimensão contenciosa. Relata, portanto, que os diálogos não devem ser entendidos em termos de conciliação ou consenso, mas para referir a modalidades de comunicação destinadas à absorção do dissenso, assumindo a dupla contingência, na qual deve se assentar uma comunicação transversal.

Em outras palavras, os diálogos devem suceder no sentido de influenciar e modificar um ao outro, reciprocamente, indicando os limites das perspectivas correspondentes, sem que se possa esperar algo como consenso, ou seja, mesmo no sentido dissensual, a possibilidade do diálogo é apenas uma dimensão limitada do transconstitucionalismo⁴⁰. Logo, essa proposta de conversação entre os diversos países islâmicos e ocidentais, objetiva que sejam estimuladas mudanças em todos os atores, especialmente as autotransformações internas no Mundo islâmico. Essa reforma interna é perfeitamente possível, haja vista que já existem países que adotam atitude mais liberal, compatível com a proposta dos direitos humanos. Portanto, nesse aspecto, não deve preponderar uma ordem sobre a outra, ocidentais sobre orientais, mas há de se buscar estabelecer comunicações transversais que perpassem fronteiras entre ordens jurídicas.

Neves⁴¹ entende que o universalismo dos direitos humanos, esteado na concepção ocidental ontológica de tais direitos, não se coaduna com um diálogo transconstitucional. Impõe-se, portanto, nessa conjuntura a ideia de que a submissão a uma moral universal destacada como base dos direitos humanos não parece se expressar como a solução mais oportuna para questões relacionadas ao Mundo Islâmico. Na perspectiva transconstitucional, faz-se necessária a reflexão transcultural entre identidade ocidental e alteridade oriental, especificamente do Mundo Islâmico, a fim de possibilitar o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas e culturais diversas.

Conclusão

Não se objetiva concluir sobre a impossibilidade de justificação racional da universalidade de direitos humanos, muito embora, se acredite que não

40 NEVES. Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

41 NEVES. Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

seja incumbência descomplicada. Na realidade, busca-se chamar a atenção para o fato de que essa pretensão de universalidade não deve ser tratada dogmaticamente e, por via de consequência, não há que ser imposta de maneira simplista aos que expressam cultura e tradição diferentes, sob pena de se tornar um comportamento arbitrário e autoritário.

Nota-se que há uma dificuldade conceitual, existindo, também, certa ameaça política, enraizadas na questão islâmica, por ser de um “campo minado”⁴². Portanto, é preciso vencer o estranhamento e a ignorância.

Assim sendo, as ideias de Voltaire, sobre a necessidade de boa convivência entre pessoas de crenças diferentes, dialogam perfeitamente com este artigo, pois para ele, a tolerância é uma expressão positiva de aceitação do diferente e de uma boa convivência⁴³. Contudo, deve-se ir além das ideias de tolerância a fim de proporcionar uma verdadeira inclusão.

Por fim, delineou-se outra perspectiva, diferente, acerca do tema destacando a noção de transconstitucionalismo, que propõe, em uma de suas facetas, diálogos com vistas a influenciar e modificar um ao outro, reciprocamente, proporcionando muito mais do que tolerância, uma verdadeira inclusão e, por consequência, obstando a exclusão jurídica de amplos grupos humanos, pois tal exclusão atua como dimensão negadora dos direitos humanos.

Referências

CENTRO islâmico do Ceará. **Qual a verdade sobre o Islam?** Fortaleza: Centro islâmico do Ceará, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Reginaldo da. Justificação racional, ideia de direitos humanos e multiculturalidade. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em**

42 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 57.

43 DETTI, Angela. O Pensamento de Voltaire. **Grandes temas do conhecimento. Filosofia**. São Paulo, n. 46, p. 16-19, [s.d.]. p. 19.

Direito da UFC, Fortaleza, v. 28, n. 2, p.279-288, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12208>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

DETTI, Angela. O Pensamento de Voltaire. **Grandes temas do conhecimento**. Filosofia. São Paulo, n. 46, p. 16-19, [s.d.].

FERRAREZI Jr., Celso. **Guia do trabalho científico**: do projeto à redação final – monografia, dissertação e tese. São Paulo: Contexto, 2011.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Schwarcz, 1991.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. São Paulo: Unicamp, 1990.

LÉVI-STRAUSS. **Antropologia estrutural 2**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

NASSER, Salem Hikmat. Direito Islâmico e Direito Internacional: os termos de uma relação. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 725-744, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/14_rev16_725-744_-_salem_hikmat_nasser.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OCI. Organização para a Cooperação Islâmica. **Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos**. 1981. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

OLIVEIRA, Frederico Antônio de. Direitos Humanos, pluralismo jurídico e multiculturalismo: uma relação importante à emancipação social. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4, p. 231-238.

ONUBR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

ONUBR. **Governo federal abre consulta pública sobre recomendações de direitos humanos da ONU ao Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/governo-federal-abre-consulta-publica-sobre-recomendacoes-de-direitos-humanos-da-onu-ao-brasil/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**. Epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2001.

RAWLS, John. **The law of peoples** (with “The idea of public reason revisited”). Cambridge; London: Harvard University Press, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 7-34, jan./jun. 2001. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. Acesso em: 13 jul. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Transplantes legais, organismos multilaterais e a "Escola Direito e Desenvolvimento": há uma política nacional de desenvolvimento econômico no Brasil?

legal transplants, multilateral organizations and the "Law and Development" School: is there a national economic development policy in Brazil?

Roberto Guilherme Leitão

Resumo: Este artigo dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos por organismos internacionais multilaterais, de natureza econômica e financeira, notadamente os engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico. Justifica-se pelo aumento dos fluxos jurídicos que envolvem políticas de desenvolvimento econômico, concebidas por organismos internacionais multilaterais. Por meio de uma análise crítica, a teoria do "*Legal Transplants*" investiga as consequências normativas desse fenômeno, frente ao Estado Democrático de Direito. Propõe-se o resgate da compreensão e da importância do modelo econômico de desenvolvimento, constitucionalmente, consagrado na Constituição Econômica de 1988.

Palavras-chave: Transplantes Legais. Organismos Multilaterais. Escola "Direito e Desenvolvimento". Desenvolvimento Econômico.

Abstract: This article deals with the issue of interference and conditioning imposed by Multilateral International Organizations, of an economic and

financial nature, notably those generated by the World Bank, in order to promote, finance, implement and reform the juridical-constitutional and political framework Brazilian institution, with the purpose of confronting economic underdevelopment. The article is justified by the increase in legal flows involving economic development policies devised by multilateral international organizations. Through a critical analysis of the theory of "Legal Transplants", it investigates the normative consequences of this phenomenon before the democratic Rule of Law. It is proposed to rescue the understanding and importance of the economic model of development constitutionally enshrined in the 1988 Constitution.

Keywords: Legal Transplants. Multilateral Organizations. School "Law and Development". Economic development.

Introdução

Este texto se desenvolve em diferentes direções. Primeiramente, realiza-se uma análise bibliográfica de títulos nacionais e estrangeiros, notadamente, dando a estes últimos, ênfase às doutrinas jurídicas e constitucionais de centro acadêmicos, com realidade social, cultural e econômica que guarde similitude com a realidade brasileira após 1988. Posteriormente, estuda-se e faz-se compilação de bancos de dados institucionais, nacionais, de atores e agentes internacionais e multilaterais e em especial as agências do Grupo do Fundo Monetário Internacional. Por fim, apresenta-se uma análise crítica construtiva e histórica das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais Multilaterais, de natureza econômica e financeira, especialmente os engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, veiculando, como propósito, o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como, perscrutar as consequências normativas desse fenômeno frente ao Estado Democrático de Direito.

Assim, este artigo se utiliza de metodologia qualitativa, mediante análise jurisprudencial, doutrinária e documental, ao abordar as teorias do direito comparado, em uma perspectiva dinâmica dos "fluxos jurídicos", em um contexto normativo globalizante, de matiz econômica, financeira, cultural, informacional. Para tanto, utilizam-se fundamentos doutrinários da Teoria dos

*legal transplants*¹, contextualizando-os histórica e culturalmente com a realidade brasileira, no propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador ao ordenamento jurídico brasileiro.

Lucio PEGORARO² no ensaio "*Trasplantes, injertos, diálogos: Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*" adverte para a pluralidade de nomenclaturas utilizadas para se referir ao mesmo fenômeno jurídico, como: "*trasplantes*", "*legal borrowing*", "*migracion*" "*turismo legal*" "*cross-fertilizacion*" e "*diálogos*" com variantes devidas aos sistemas jurídicos que daí advêm. Para os fins da presente pesquisa, se utiliza o termo fluxo jurídico.

Caracterizados e contextualizados os fluxos normativos, pela teoria dos *legal transplants*, este texto lança luzes nas interferências impostas por Organismos Internacionais Multilaterais, de natureza econômica e financeira engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como, perscrutar as consequências normativas deste fenômeno frente o Estado Democrático de Direito.

Para que se possa estabelecer um juízo acerca dos dilemas e os desafios propostos pela emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, no que se refere ao modelo desenvolvimentista nacional e o conflito não aparente com as políticas jurídico-institucionais, patrocinadas pelo Banco Mundial, há de se enfrentar cinco questões centrais, a saber:

- a. Compreender os termos referencial/conceitual desta investigação, ou seja: i) transnacionalidade do direito; ii) desenvolvimento econômico

1 Atribui-se a Alan Watson os primeiros estudos e utilização da tipologia dos "*legal transplants*". Vide, WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. University of Georgia Press, 1993. Pode-se elencar ainda, a doutrina de FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Trad. Elisete Antonuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 173; MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 3-19, mar. 1994. p. 6. Disponível em: <http://works.bepress.com/ugo_mattei/14/>. Acesso em: 25 maio 2016 e MEDINA, Diego López. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde américa latina. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 13, n. 26, p. 117-159, jan./jun. 2015, p.137.

2 PEGORARO, Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado*. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial enderechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirantlo Blanch, 2013. p. 33-80.

- e iii) os efeitos desta realidade frente ao constitucionalismo, após 1988, bem como, a densidade democrática dessas reformas;
- b. Identificar qual a relação existente entre *rule of law* e a matriz desenvolvimentista da organização internacional.
 - c. Discutir de que maneira o modelo econômico de desenvolvimento, constitucionalmente, consagrado tem incorporado os relatórios de "aconselhamento" do Banco Mundial;
 - d. Examinar qual das concepções da Escola de Direito e Desenvolvimento será ser adotada, vislumbrando os atores internacionais e nacionais, ativamente, envolvidos;
 - e. Conceber a relação existente entre desenvolvimento econômico e arranjos jurídicos e/ou institucionais, nos preceitos constitucionais consagradores da Constituição Econômica.

Assim, ultrapassada a dimensão conceitual dos fluxos normativos, e sem pretensões ao exaurimento da temática, há de se perscrutar o entendimento e o alcance conceitual da Constituição Econômica e do modelo desenvolvimentista nela consagrado no arcabouço jurídico nacional, bem como, examinar o modo pelo qual a ordem econômica constitucional tem incorporado esses valores, buscando neste trabalho avaliar o impacto dos conflitos entre ordens jurídicas, nacionais, transnacionais e supranacionais, em relação ao processo de superação do subdesenvolvimento, revelando os principais desafios e perspectivas para a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo, sempre num contexto democrático.

1. Por uma teoria dos transplantes legais

Por fluxos jurídicos concebem-se interações comunicativas que ocorrem entre os operadores do direito, *lato sensu*, a partir de diversos ordenamentos e racionalidades jurídicas³ distintas. Essa dinâmica normativa produzi

3 Em sentido conforme, CARDUCCI, Michele; BRUNO, Anna Silvia. The BRICS Countries as a legal dynamic network and the multilevel 'hard' EU regional structure - a comparative survey. **International Journal of Public Law and Policy**, v. 4, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2013.

imitações, migrações de ideias normativas, empréstimos constitucionais, entre várias ordens jurídicas, nem sempre resultantes da mesma gênese sistêmica-normativa. A análise dessas dinâmicas requer, necessariamente, duas premissas metodológicas: (1) uma abertura transdisciplinar para: a história social, a sociolinguística, a antropologia da comunicação e para a sociologia jurídica; (2) o conhecimento das dimensões ideológicas da geopolítica e do geodireito⁴ em uma ambiência globalizante.

Mario Losano, por sua vez, atribui ao termo Transplante Jurídico a ideia de "uma das metáforas que indicam a transferência, anteriormente submetida por um tratamento de triagem, de uma cultura para outra". São acoplamentos equivalentes as enxertias e transferências. Por outro lado, parte significativa da doutrina comparatista constitucional utiliza o termo "teoria da recepção".

Mattei⁵ e Losano ressaltam a existência de transferências voluntárias, frequentemente violentas. Na leitura de Mattei⁶ e Nader⁷, na obra "*Plunder: when the rule of Law is illegal*", resultantes da teorização da teoria da lei imperial (*theory of imperial law*) consagradora do processo geral de americanização do pensamento jurídico, identifica-se essa mesma ideia.

Para Ugo Mattei, "A lei de Império" é agora uma camada dominante dos sistemas jurídicos, em todo o mundo. Nesse contexto, estabelecendo um liame relacional com a ambiência democrática, Mattei⁸ conclui:

4 Cite-se a doutrina de IRTI, Natalino. **Norma e luoghi**. Problemidigeo-diritto. Roma: Laterza, 2001. p. 37 LOSANO, Mario. Teoria e pratica dei trapiantigiuridicitra colonialismo e multiculturalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 7, Parte I, 93 p.; Parte II, p.48, fev./maio 2012. p. 5 e de historicidade CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Governace do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 145-154.

5 MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 3-19, mar. 1994. Disponível em: <http://works.bepress.com/ugo_mattei/14/>. Acesso em: 25 maio 2016.

6 Neste sentido, MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, Iss. 1, Article 14, p. 383-448, winter, 2013. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

7 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the rule of law is illegal**. John Wiley & Sons, Malden, MA: Blackwell. 2008.

8 MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, Iss. 1, Article 14, p. 383-448, winter, 2013. p. 383. Disponível

A "Lei imperial" é produzida, no interesse do capital internacional, por uma variedade de instituições públicas e privadas, compartilhadas com uma lacuna de legitimidade, às vezes chamado de "deficit democrático". "Lei imperial" é moldada por um processo espetacular de contundência, para fins de dominação hegemônica⁹. "Lei imperial" subordina arranjos legais locais de todo o mundo, reproduzidos em escala mundial o mesmo fenômeno do dualismo legal que até agora tem como característica o direito dos países em desenvolvimento.

Os transplantes legais podem ser considerados como um aspecto específico dos transplantes políticos, mais gerais. Ocorre que há dificuldades científicas e metodológicas, no sentido de aplicar critérios válidos que mensurem o grau de legitimidade democrática em ambos os campos. Com efeito, é difícil organizar a multiplicidade que envolve o fenômeno dos fluxos e transplantes legais, por uma tipologia científica válida, na comunidade do Direito. Manifestando ciência dessa realidade, Mário Losano, comparatista italiano e brasilianista, estabeleceu a distinção entre os fenômenos da recepção e os transplantes jurídicos, bem como, sugeriu a existência de densidades normativas em fracas e fortes¹⁰:

Você pode distinguir "recepção" de "transplante", considerando-se a recepção por um fenômeno voluntário e lento - por exemplo, a recepção do direito romano no Sacro Império Romano de Nação Germânica - e transplantar um fenômeno abrupto e imposto, por exemplo, a recepção, em 1923, do direito europeu (e, em particular, os princípios do código Civil suíço) no Kemal Atatürk da Turquia. Usando categorias dos limites

em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

- 9 É imperioso destacar que Ugo Mattei, fora fortemente influenciado pela lógica hegemônica e contra-hegemônica de Gramsci e de Império, ao veicular o imperialismo jurídico e da noção de Gramsciana de hegemonia como o poder, consagrando a combinação de força e consenso. "O Poder não pode ser alcançado apenas pela força bruta; ele precisa ser imposto pelos indivíduos aceitem voluntariamente a esse Governo." Hegemonia tem sido um conceito-chave nas reflexões de Gramsci. Ele foi desenvolvido na Seleção dos Cadernos do Cárcere de Antonio Gramsci. Neste sentido, aponte-se: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1999. v. 1: Introdução ao estudo da filosofia. A filosofia de Benedetto Croce.
- 10 LOSANO, Mario. Teoria e pratica dei trapiantigiuridicitra colonialismo e multiculturalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 7, Parte I, 93 p.; Parte II, p.48, fev./maio 2012. p. 7.

ainda mais fluidos, pode-se falar de recepção ou transplante de uma "Lei Forte" quando, por exemplo, no curso da expansão colonial, se sobrepõe inteiramente ou em grande parte para os direitos de uma "Lei fraca".

Há, neste contexto, frente a realidade brasileira, a fusão dos dois fenômenos: a recepção e o transplante; considerando-se a recepção voluntária e lenta de alguns institutos jurídicos, já consolidados na Europa continental, bem como, o transplante, um fenômeno abrupto e imposto que ocorre, notadamente, nos casos de institutos jurídicos próprios da tradição da common law e da rule of law.

2. Instituições internacionais multilaterais e

The Rule of Law

A Teoria dos transplantes jurídicos consagra relação com os modelos globalizantes de capital e a matriz do *Rule of the Law*. Nesse sentido, há de prevalecer o entendimento de haver divergências acerca das expressões: Estado de Direito e *rule of law*.

Parte do prestígio do engenho político-institucional foi consagrados, no entendimento de Mattei¹¹, em ensaio "*Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development*" pela experiência constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, que:

[...] forneceram um impulso vital para o prestígio do Estado de direito. Especificamente, em *The Federalist Papers* (em particular, no Madison Nº 10 e de Hamilton Nº 23), o Estado de Direito foi concebido como a única maneira de garantir a estabilidade política numa sociedade caracterizada por desigualdades e em que ricos proprietários estavam em minoria e deviam ser defendido contra a maioria da população que não possui propriedade. O Estado de Direito, que era confiado aos tribunais, possuía a sabedoria de proteção jurídica da propriedade privada, essencial e permanente garantia institucional para os proprietários

11 MATTEI, Ugo. *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development*. In: FASSIN, Didier; PANDOLFI, Mariella (ed.). *Contemporary States of Emergency: The politics of military and humanitarian interventions*. Zone Books, Forthcoming, 2009. p. 89-106; p. 92.

na ordem constitucional americana pós-revolucionária e destinada a ganhar a hegemonia em todo o mundo atual.

A internacionalização de modelos político-institucionais e jurídico-constitucionais, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a Soberania Política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma constitucional, tanto em nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional. Isso ocorre nas palavras de Ferrajoli¹²: "A deformação das linhas tradicionais da democracia política e do Estado de Direito, iniciada a partir da crise do Estado-Nação soberano, e sua localização através das fronteiras nacionais é resultante do processo de globalização de parcelas crescentes de poder, tanto pública como privada".

Na Era das globalizações, porque são múltiplas, policêntricas e amórficas, as necessidades e pautas de reivindicações, de cada país, se tornam estereis das políticas internas e das decisões democraticamente sufragadas, para, progressivamente, agentes externos, estatais e extra-estatais, "legitimados" por poderes apolíticos e econômico-financeiros, arbitrariamente, disputados em fóruns globais. Essa dinâmica, própria do capitalismo de mercado, se aplica, especialmente, para os países em desenvolvimento.

Reforçando a informação, Ferrajoli¹³ constata que "O Ocidente exportou, durante o século passado, um modelo já em estado de crise nacional, e, em conjunto, a ilusão de que havia garantias suficientes para autodeterminação e independência." Ocorre, no entanto, que tal modelo pressupõe um "processo decisório" e antecipado de tomadas de decisões, no centro do mundo. Isto é, das políticas decididas "democraticamente" pelas maiorias ricas e influentes, de um número restrito de potências ocidentais que controlam Instituições internacionais Multilaterais do Banco Mundial, do FMI, da Organização Mundial do Comércio Mundial, do G-8, do próprio Conselho de Segurança da ONU, bem como, de grandes empresas multinacionais e transnacionais.

12 FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). *Derecho y justicia en una sociedad global: law and justice in a global society*. Granada: Universidad de Granada, 2005. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39.

13 FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). *Derecho y justicia en una sociedad global: law and justice in a global society*. Granada: Universidad de Granada, 2005. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39. p. 40

Em ensaio lançado, originariamente, em inglês, *Plunder: when the rule of Law is illegal*, Mattei e Nader¹⁴ desconstruem o termo *Rule of Law* ao acentuar que o termo, de origem do *common law* fora concebido sem qualquer reivindicação democrática, e fundamentalmente relembra que no contexto anglo-saxão: "O Parlamento Inglês não era uma instituição democrática".

Acresça-se às ideias defendidas acerca da teoria dos transplantes legais, de sua vinculação ao conceito do *Rule of Law*, instrumento normativo da globalização e, nas palavras de Michael Hardt, e Antonio Negri¹⁵ e Niall Ferguson¹⁶, a dimensão de hegemonia como poder que combina força e consentimento por meio da persuasão. Nesse sentido, Negri defende a tese que a construção de consensos (o Consenso de Washington é emblemático nesse sentido) suscita a incapacidade de determinação dos povos e Nações. É, por via de consequência, que a recepção ou adoção de padrões-tipo (*standard*) jurídico-normativos se faz premente.

3. Crise global, transnormatividade e a tendência do capitalismo sem democracia

António Manuel Hespanha, no artigo "A revolução neoliberal e a subversão do "modelo jurídico" atribui à crise global, em um contexto normativo, ao desfacelamento do Estado Social, maculando-se direitos, historicamente, conquistados frente às forças internas e externas, de natureza financeira e de baixa densidade democrática. Nesse contexto, o autor preleciona¹⁷:

Causada pelo dismantelamento da moldura normativa – jurídica ou não jurídica – da atividade económica (particularmente, financeira), a "crise" económica do "mundo ocidental" tem vindo a ser tratada com uma panóplia de medidas inspirada na mesma filosofia social neoliberal que tinha estado na sua origem. A precarização das situações jurídicas

14 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the rule of law is illegal**. John Wiley & Sons, Malden, MA: Blackwell. 2008. p.12.

15 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2001.

16 Ferguson, Niall. **Empire: The Rise and Demise of the British World and the Lessons for Global Power**. New York: Basic Books, 2003.

17 HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do 'modelo jurídico'. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. **Revista do Ministério Público**, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012. p. 9.

acelerou-se ainda, pela invocação do caráter apocalítico da crise, cuja magnitude e iminência justificariam um estado social e político “de necessidade” que autorizaria a suspensão ou cancelamento dos direitos, a inobservância das “formalidades”, à subalternização de regras bem estabelecidas do viver político como, internamente, os processos democráticos e, externamente, o respeito pelos tratados. Com isto, é o “modelo jurídico” de decisão, caracterizado pelos seus garantismo e formalismo (due process of law), que está basicamente em causa.

Em todo caso, e diante do contexto demonstrado, veiculamos algumas ponderações levantadas por Ferrajoli no artigo: "*La crisis de la democracia en la era de la globalización*" pondera que diante da mudança paradigmática das esferas públicas e na política, nacionais e supranacionais, e em que condições democráticas¹⁸:

Somos capazes, se você não quiser arquivar o conceito de "Democracia" prefiguram uma democracia que vão além do estado? O mesmo problema se coloca em relação ao Estado de direito. Após o monopólio estatal sobre a produção legal, devido ao fato de que grande parte das regras, em vigor, nos diferentes sistemas nacionais tem um (europeu ou internacional) extraestatal de origem, podemos continuar falando, como no passado, um link genérico entre "Estado" e "direito positivo", ou pelo menos entre "estado" e "estado de direito" na medida em que o deteriora dos estados nacionais equivaleria a uma inevitável deterioração do estado de direito e do princípio legalidade? Ou é, ao contrário, pode preannunciar uma extensão da política e do direito internacional no paradigma da regra constitucional da lei, pelo qual pode ser submetido à direita, batendo o velho regime Estatista, Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e da densa rede de potências econômicas transnacionais que operam agora na arena internacional sem ligações democráticas ou constitucionais legitimación?

As atividades transnacionais se pautam pelas leis internacionais do mercado (*Lex mercatoria*); a eficiência econômica otimiza ou maximiza as condições

18 FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). *Derecho y justicia en una sociedad global: law and justice in a global society*. Granada: Universidad de Granada, 2005. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 39. p. 9.

mundiais de produção comercialização e não se restringe às circunstâncias do mercado interno¹⁹.

O capital é globalmente móvel, o estado é territorialmente vinculado [...]. Os regimes democráticos modernos responderam aos quatro desafios esboçados com três instrumentais: na política interna, com meios corporativos e com nacionalismo; na política externa, com a *international governance*. **International governance** (*governabilidade*): os Estados têm a ganhar, se e, sobretudo, quando cooperam entre si. As entidades não-estatais e os Estados têm algo a ganhar a mais de suas interdependências (balanço positivo) e isso não apenas à custa de outros (balanço zero).

No universo da transnormatividade e do constitucionalismo global. Destaca-se o contexto dos transnacional, do pós-nacional, do globalizado e do cosmopolita²⁰ em que há uma imbricada relação de dependência recíproca das esferas domésticas, internacional e supranacional, sob o império da "ditadura" dos mercados. Nesse sentido, aduz Loureiro²¹:

i) articulação de uma normatividade em rede, que, para quem admita constituições não estatais, passa por um processo de interconstitucionalidade; ii) discussão, caso se defenda um constitucionalismo global, da admissibilidade do chamado constitucionalismo societário, destinado a regular, por meios não estatais, toda uma série de campos; iii) aprofundamento de uma teoria dos bens públicos globais e de mecanismos de regulação pós-vestefalianos, num quadro de bem comum numa "sociedade mundial de risco"; iv) efetiva importância dos mecanismos de justiça constitucional. O aprofundamento da globalização fez da questão da democracia para além

19 PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 41, n. 2, p. 102-117, dez. 1998. p. 106; p. 111. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2017.

20 HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Revista Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137-1168, out./dez. 2014. p. 1.

21 LOUREIRO, João Carlos. "A "porta da memória": (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?) democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma "dogmática da escassez", In: AMARO, António Rafael; NUNES, João Paulo Avelás (Org.). "Estado Providência", **capitalismo e democracia, Estudos do Século XX**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013. p. 111-126; p. 114.

dos limites do Estado uma questão-chave, não sendo possível examinar aqui as várias respostas, desde o Estado mundial à “governança global” (*global governance*), centrada numa “técnica de governo”, passando pela *república mundial* (v.g., Otfried Höffe) e pela democracia cosmopolita ou global (v.g., Anthony Giddens, David Held e Ulrich Beck)

Dito isso, há necessidade de acrescentar que, para os fins próprios do projeto de tese, o conceito-chave: transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, estatais e não-estatais, públicas e privadas, de racionalidades jurídicas ou econômicas, não se reduzem ao diálogo entre cortes. O fundamento doutrinário assenta na dicção de Marcelo Neves²², que ressalva tais situações:

Em primeiro lugar, cabe advertir que, às vezes, a conquista de direitos no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas “tribais”. O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais.

Portanto, pontuando-se o que fora demonstrado, tem-se uma falência do padrão estatal de modernidade do Estado-nação, da soberania popular, do Estado de Direito, do Monocentrismo do Poder, do monopólio da produção jurídica e, por fim, de Organizações Internacionais bem definidas. O fenômeno da globalização, por seus instrumentos financeiros, econômicos, políticos e culturais, com detida relevância nos jurídico-normativos e constitucionais, produziu uma multiplicidade de fontes normativas extrajurídicas, alheias ao Estado, às fronteiras e às jurisdições, que devem referência somente ao Capital e ao Mercado.

22 NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n. 51, n. 201, jan./mar. 2014. p. 194. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

Elmauer²³ em estudo nominado de "A Constitucionalização do Sistema Econômico: possibilidades e obstáculos para uma autolimitação da hiperexpansividade da Economia Global" ao vislumbrar a constitucionalização do sistema econômico, assevera em sentido similar ao defendido, no presente trabalho:

O atual sistema econômico moldado pelo capitalismo neoliberal (desregulamentado) conjugado com a progressiva falência dos modelos estatais baseados no dirigismo, como o *welfare state*, traz em contrapartida a necessidade da existência de alternativas ou equivalentes funcionais hábeis a barrar as tendências destrutivas que emanam da racionalidade econômica.

Nesse sentido, conforme Antonio Enrique Pérez Luño²⁴, no artigo "A desconstrução da lei no constitucionalismo global" anuncia a desconstrução da lei no constitucionalismo global:

As normas jurídicas gerais e abstratas, corolário de padrões éticos universais, foram questionadas por conta das preferências particularistas fragmentárias; À unidade do *ethos* moderno opôs-se a fragmentação e a multiplicidade de *ethos* baseados nas diferenças "nacionais", "locais", "plurais", "individuais". Ao resumir o alcance desta mudança de paradigma, referi-me a uma tripla representação: ao essencialismo pelo pragmatismo; ao universalismo pelo particularismo e à fundamentação pela narrativa.

Nessa esteira, corroborando e aduzindo agravantes à crise paradigmática advinda da pós-modernidade, a crise financeira mundial (crise do *sub-prime* de 2008) e a fragilidade da democracia econômica suscitam e sustentam a própria crise do Estado Constitucional Moderno. Wolfgang Streeck²⁵ na obra: *Buying Time – The delayed crisis of democratic capitalism*, vislumbra a tendência do capitalismo sem democracia. Para tanto, sustenta a tese de:

23 ELMAUER, Douglas. A Constitucionalização Do Sistema Econômico: Possibilidades E Obstáculos Para Uma Autolimitação Da Hiperexpansividade Da Economia Global. FGV Direito SP. Research Paper Series n. 143. Janeiro, 2016. p. 1. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716307>. Acesso em: 17 jul. 2017.

24 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. A desconstrução da lei no constitucionalismo global. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), São Leopoldo, v. 2, n. 6, p. 129-141, jul./set., 2014. p. 130.

25 STREECK, Wolfgang. *Buying Time – The delayed crisis of democratic capitalism*. Londres: New Left Books, 2014. p.81.

Por meio do endividamento do Estado e de outros mecanismos, gera-se um processo em que os governos, obrigam-se cada vez mais, a prestar contas ao “mercado”, virando as costas para a cidadania. Com isso, o que conta, para a sobrevivência de um governo, já não é sua capacidade de responder aos interesses da população que o elegeu – e sim se o mercado, ou seja, essencialmente os interesses financeiros, sentem-se suficientemente satisfeitos para declará-lo “confiável”. De certa forma, em vez de república, ou seja, *res publica*, passamos a ter uma *res mercatori*, coisa do mercado. Num dos casos, o Estado financia-se através dos impostos; no outro, do crédito. Um governo passa assim a depender “de dois ambientes que colocam demandas contraditórias sobre o seu comportamento.

Acontece que, as economias periféricas (em oposição as centrais e desenvolvidas) em desenvolvimento, buscam socorro financeiro com as receitas dos Organismos Internacionais. Notadamente, para o caso brasileiro, do Banco Mundial e do FMI. Com efeito, há de ser feita uma reflexão crítica a respeito do impacto da política econômica globalizante, no tocante às reformas jurídico-institucionais, especialmente as engendradas pelo Banco Mundial, bem como, à teoria do *rule of law*, no contexto do desenvolvimento econômico nacional, mais especificamente do conflito transnacional do direito econômico com os *The World Bank Legal Review*.

4. Emergência de ordens jurídicas transnacionais e matriz Neo-institucionalista de desenvolvimento

A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito, e por via de consequência, de seus efeitos, vem sendo objeto de estudo multidisciplinar, que, por muitas vezes, acertadamente, interagem e concebem múltiplas teorias acerca da sua compreensão. Marcelo Neves, em sua obra, se posiciona: "Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas" apontam para a dificuldade da ciência jurídica tradicional conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito frente à prescindibilidade estatal, vez que o Estado-Nação habita o cerne da doutrina do direito internacional. Nesse contexto, Marcelo Neves, assevera:

A emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico é um fato

incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientista sociais em geral. O que intriga a "ciência" jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordem jurídica que prescindem do Estado²⁶ ou como ordem jurídica que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico.

Em estudo acerca da relação existente em transnormatividade e cosmopolitismo jurídico, Branco²⁷ sintetiza a ideia de transnacionalidade do Direito como "fenômeno jurídico-axiológico que se consolida mediante a transcendência e a capilaridade de normas e regulamentos internacionais sobre o direito doméstico dos países". Com efeito, o binômio transcendência/capilaridade (ou, para os fins do estudo, cartilha de reformas do Banco Mundial/*legal transplants*) é atributo das políticas econômicas engendradas pelo Grupo do Banco Mundial, na matriz consagrada como neoinstitucionalista de desenvolvimento, que perpetra frequentes reformas político-institucionais, com arranjos jurídicos subjacentes, no cumprimento das metas das "cartilhas" do *World Bank Legal Report*.

A relação entre o exposto até aqui e o tema do presente trabalho pode ser instrumentalizada por meio da compreensão de que o conflito entre duas ordens - nacional e transnacional (ou, ordem constitucional e Banco Mundial) - poderia ampliar ainda mais o suposto grau de colisão e irracionalidade na aplicação do direito²⁸. Isso porque teria dois níveis de sopesamento entre, pelo menos dois modelos de desenvolvimento econômico: o constitucionalmente consagrado concebido sob um viés de historicidade, culturalmente processado, subjacente a direitos sociais advindos da redemocratização de outra perspectiva, e o modelo

26 NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 9.

27 BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. **Direito UNIFACS**–Debate Virtual, n. 168, p.7-37, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/194>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

28 Para um estudo aprofundado acerca da temática, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Org.). **Em torno da transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p. 101-112.

transplantado de nações desenvolvidas construídos sob um arcabouço jurídico da *Common Law*.

Gunther Teubner²⁹ defende a tese do conflito das racionalidades na obra "*Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*". O antagonismo das lógicas jurídicas entre os diferentes subsistemas (a razão desenvolvimentista consagrada na Constituição Federal de 1988 diante do modelo do Banco Mundial) e sua conseqüente colisão entre a racionalidade de um subsistema com as diferentes racionalidades que os vários atores têm de uma sociedade global (notadamente o Banco Mundial) e, ainda, conflitos de racionalidades de um subsistema com os próprios padrões racionais compreendidos como necessários para sua expansão tornam-se frequentes e contraproducentes. Marcelo Varella³⁰, corrobora:

Direito nacional e direito internacional ampliam seus elementos comuns. O direito constitucional é pressionado em função do aumento da governança internacional, que se torna cada vez mais efetiva, removendo barreiras centrais para alcançar os ordenamentos domésticos. Ambos, direito nacional e direito internacional, sofrem mudanças radicais. A clássica distinção entre a esfera doméstica e a internacional torna-se menos nítida, sobretudo em alguns temas e regiões.

Em prosseguimento a compreensão referencial/conceitual de transnacionalidade do direito, do desenvolvimento econômico e do "*legal transplants*", concebe-se o liame relacional existente entre desenvolvimento econômico e arranjos jurídico e/ou institucionais, bem como, a concepção da escola "Direito e Desenvolvimento" a ser adotada esclarecendo os propósitos dos itens 1.2, 2 e 3 da parte introdutória.

Para fins do presente estudo, são elencados elementos conceituais que visem expressar, como se dá, a imbricada relação existente entre direito e o desenvolvimento econômico, sob o enfoque da matriz jurídico-institucional do Banco Mundial, concebida e imposta, hegemonicamente, sob o viés neoliberal,

29 TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

30 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 86. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949>. Acesso em: 05 ago. 2014.

no intervalo dos anos da década de 1990 e a crise financeira global de 2008, premida nos países latino americanos.

Ugo Mattei³¹ principia o estudo da relação Direito e Desenvolvimento, constatando as influências da matriz de economia institucionalista, ao constatar "a importância do Império do Direito e do Estado Constitucional para a concretização de um ambiente social propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento." Outrossim, esclarece as origens e possíveis incongruências ou incompatibilidades entre os sistemas jurídicos de conformação. Assim, "Juristas, principalmente da tradição da "common law", estabeleceram o campo do direito e desenvolvimento com contribuições das dimensões do princípio da factibilidade".

Corroborando com o entendimento de Mattei Schapiro, em artigo intitulado "Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais" estabelece uma relação imbricada entre Direito e Desenvolvimento e a matriz jurídico-institucional do Banco Mundial para o desenvolvimento, onde um "pacote de instituições corretas" são transplantadas, veiculadas por *legal transplants*³²:

Desde os primeiros trabalhos nesta chave, pode-se reconhecer um viés de análise que costuma identificar as singularidades institucionais como se fossem desvios, ou equívocos, para cuja solução se tem recomendado, habitualmente, a adoção de um "pacote de instituições corretas", transplantáveis de ambientes dotados de um bem sucedido processo de desenvolvimento, uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos –, inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais.

Rechaçando o modelo, Adam Przeworski, politólogo da New York University (NYU), publicou contundente estudo crítico em face da Escola Neo-institucionalista, sob o título de: "*The Last Instance: Are Institutions the*

31 MATTEI, Ugo. Direito comparado e os 'critical legal studies'. **Constituição, economia e desenvolvimento**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 250-277, jul./dez. 2014. p. 291.

32 SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma ruleoflaw e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 213-252, jan./jul. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>>. Acessoem: 20 jun. 2015. p. 214-215.

*Primary Cause of Growth?*³³). No texto, ele argumenta ser evitada de equívocos a "primazia causal": "instituições e desenvolvimento são mutuamente endógenos, e o máximo que se pode pretender é identificar seus impactos recíprocos".

Para os propósitos deste artigo, e se utilizando das premissas argumentativas de Przeworski, busca-se reforçar a endogenia jurídico-institucional e da matriz desenvolvimentista do Estado brasileiro e, ultrapassado tal desiderato, rechaçar os arranjos institucionais (notadamente o arcabouço jurídico) engendrados pelo Grupo do Banco Mundial, veiculados pelos transplantes jurídicos.

A fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia³⁴. Com tal postulado, Douglas North consagrou o entendimento que fora força motriz de Escola Neoinstitucionalista e, por via de consequência, programa do Banco Mundial em políticas de desenvolvimento econômico da América latina, sobretudo no Brasil.

Com efeito, ao idealizar as estruturas Institucionais como, motor propulsor do desenvolvimento econômico, foram vislumbradas possibilidades de arranjos jurídicos que alterassem o modelo desenvolvimentista, periférico e tardio, resultante da falência de um Estado Providente ou Welferista e, como consequência, surge a necessidade "premente" das *Reformas de Estado*.

Tais reformas seriam concebidas política, intelectual e financeiramente pelo Banco Mundial, que, por meio de suas publicações, através de relatórios e pelo *The World Bank Legal Review*, definiram as bases institucionais e arranjos jurídicos, que têm marco temporal dos anos 90 até a crise financeira global de 2008, que foram balizadas por meio do Consenso de Washington, e tinham, como principais políticas públicas, a disciplina fiscal, a liberalização financeira e comercial, a total abertura da economia para investimentos, a privatização, a desregulamentação e a proteção direta dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais³⁵.

33 PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? *Novos estudos*.- CEBRAP, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

34 NORTH, Douglass. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. (Org.). *The economy as an evolving complex system II*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997. p. 223-238. p. 224. Neste sentido vide PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? *Novos estudos*.- CEBRAP, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

35 ZURBRIGGEN, Cristina. La "falacia tecnocrática" y la reforma del Estado: a diez años del Informe del Banco Mundial. *Nueva sociedad*, n. 210, p. 156-172, jul./ago., 2007. p. 157. Tradução livre do autor: "No início dos anos 90, este novo modelo de desenvolvimento focado no mercado foi apoiado por agências multilaterais (especialmente por parte do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional) e no

A principios de los 90, este nuevo modelo de desarrollo centrado en el mercado fue auspiciado por los organismos multilaterales (sobre todo por el Banco Mundial –BM– y el Fondo Monetario Internacional –FMI–) y sintetizado en el consenso de Washington, que incluía una serie de reformas y medidas que tenían que implementar los gobiernos de la región para retomar la senda del desarrollo: disciplina fiscal, liberalización financiera y comercial, apertura total de la economía a las inversiones directas, privatización, desregulación y protección de los derechos de propiedad intelectual de las multinacionales.

A questão que se coloca agora é a de estabelecer um repasse crítico acerca da escola americana *Law and Development*, bem como, dos relatórios do Banco Mundial *The World Bank Report*, no sentido de qualificá-los como recepção ou imposição.

5. A recepção da escola "Direito e Desenvolvimento" no Brasil

Para fundamentar tal análise, busca-se respaldo na doutrina de Nitschke³⁶, em um artigo que faz análise crítica da relação do ativismo arbitral e a *Lex mercatoria*, e assevera que a realidade das transplantações jurídicas permeia a História da cultura jurídica brasileira. E continua, "Na tradição luso-brasileira, desde a "Lei da Boa Razão" a combinação entre direito nacional e direito estrangeiro". Com efeito, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769 permitia a resolução de "lacunas do ordenamento jurídico" concedendo a juízes recorrer, conforme Nitschke³⁷:

"primitivos Princípios", ao "Direito das Gentes" e ao "que se estabelece nas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs tem promulgado". Para este último caso, a Lei ia ainda mais

consenso de Washington, que incluiu uma série de reformas e as medidas necessárias para implementar os governos da região para retornar ao caminho do desenvolvimento: a disciplina fiscal, liberalização financeira e comercial, a abertura completa da economia ao investimento direto, privatização, desregulamentação e proteção dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais."

36 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e *lex mercatoria*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 12, p. 89-122, jan./mar., 2015.

37 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e *lex mercatoria*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 12, p. 89-122, jan./mar., 2015. p.103.

longe: "(...) sendo muito mais racional, e muito mais coerente, que nestas interessantes matérias se recorra antes em casos de necessidade ao subsídio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs, iluminadas, e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada, e são jurisprudência.

A absorção dos transplantes legais, por nosso ordenamento jurídico, portanto, é uma reiterada prática, e, no que interessa mais, especificamente, ao presente estudo, será analisado: a) o que é "*legal transplants*"; b) como se dá a relação existente entre desenvolvimento econômico e os transplantes legais; c) de que modo o modelo econômico de desenvolvimento constitucionalmente consagrado tem incorporado os relatórios de "aconselhamento" do Banco Mundial.

No sítio do Banco Mundial, acerca da temática dos Transplantes Jurídicos e da Cultura Jurídica, a instituição entende que muitos preceitos legais são muitas vezes inspirados por experiências estrangeiras. E, apesar dos acalorados debates acadêmicos, os transplantes legais são, não só possíveis, como também são uma prática comum. Em um trabalho acerca da "Cultura Jurídica e Reforma Judiciária," o Banco Mundial revela a importância da cultura legal para a reforma legal, e a contextualização do desenvolvimento, embora incidindo sobre os problemas difíceis de definir, medir e fazer argumentos causais, sobre o amplo e conceitualmente confuso fator "cultura jurídica".

Na ambiência global que se vive, em que há uma multiplicidade de ordens normativas que interagem e colidem, é muito comum as concepções que relacionam as reformas dos sistemas jurídicos com MODELOS-TIPO de desenvolvimento econômico. Há uma transplantação de paradigmas e arranjos jurídico-institucionais, com *expertise* e eficiência econômica, contextualizado social, jurídico, cultural e economicamente, numa realidade de prosperidade institucional, para enxertá-los em outros contextos, temporalmente diferenciados, sem a prévia análise das adaptações necessárias à sua implantação. As trajetórias de instituições escolhidas para os projetos de crescimento e desenvolvimento, no entendimento de Gomes Neto³⁸ "estão inseridas nos novos programas assistenciais voltados à disseminação e execução dos marcos jurídicos, ou o que se convencionou chamar de transplantes legais (*legal transplants*)".

38 GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do ruleoflaw. *Duc In Altum*-Caderno de Direito, v. 3, n. 4, p. 129-143, jul./dez. 2012.

Álvaro Santos³⁹, no ensaio: "The World Bank's Uses of the " Rule of Law" Promise in Economic Development" aponta, mesmo que refutando a consagração da doutrina do "Estado de direito" (ou, com algo próximo do postulado da *Rule of Law*) como condicionante do discurso e prática de desenvolvimento. A ideia das regras da "*Rule of Law*", da *Common Law*, e de matriz liberal, deveriam ser o modelo crucial do sistema jurídico para o crescimento econômico. E mais: a previsibilidade, a exequibilidade e a eficácia do modelo jurídico seriam imprescindíveis para uma economia de mercado a florescer. Nesse contexto, Santos,⁴⁰ esclarece:

A legislação é o centro do discurso e da prática do desenvolvimento econômico, hoje. A ideia de que o sistema jurídico é crucial para o crescimento econômico agora faz parte da doutrina convencional na teoria do desenvolvimento. A expressão mais comum dessa ideia é a "*Rule of Law*" (ROL): uma ordem jurídica consistente em regras previsíveis, exigíveis e eficientes necessárias para que uma economia de mercado floresça. O entusiasmo pelas reformas da legislação como uma estratégia de desenvolvimento cresceu durante a década de 1990 e os recursos para estas reformas dos sistemas jurídicos aumentaram em todos os lugares.

A ideia das reformas jurídico-institucionais foi consagrada e disseminada, hegemonicamente, pelo Banco Mundial, em países em via de desenvolvimento na América Latina, com realidades de dimensões históricas, sociais, culturais, econômicas, institucionais e jurídicas diferenciadas. Inúmeros estudiosos do movimento "Direito e Desenvolvimento" corroboram com tal entendimento.

39 SANTOS, Álvaro. The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (Org.). **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.

40 SANTOS, Álvaro. The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (Org.). **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300. p. 253. Tradução livre do autor de: *Law is at the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea's most common expression is the "rule of law" (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere.*

Para citar alguns, pode-se mencionar: Trubek, Mattei, Garavito⁴¹, Gargarella⁴² e Santos. Alvaro Santos assevera⁴³:

Os projetos consideram a regulação no vácuo, separada do contexto político e socioeconômico que se supõe afetar e apresentam um conjunto de normas legais, como pré-moldadas, empacotadas como uma estratégia de desenvolvimento. No entanto, mesmo que fosse possível identificar e isolar um conjunto de regras como crucial para o sucesso econômico de um país, este projeto pressupõe que podem ser transplantados e enraizar-se em todos os domínios, não obstante diferentes contextos econômicos, sociais e políticos.

As políticas de desenvolvimento econômico, consagradas como verdadeiras cartilhas de sucesso do Banco Mundial, a serem seguidas fielmente pelos países em desenvolvimento da América Latina, e dos consequentes arranjos institucionais e legais, transplantados e recepcionados, não conduzem necessariamente ao enfrentamento do subdesenvolvimento.

Conclusão

Com a realização do presente estudo, pretende-se elaborar um artigo científico que possam servir à solução da casuística que frequentemente se apresenta ao Executivo, Legislativo, Judiciário. Intenta-se, ainda, oferecer balizas que possam resolver:

41 GARAVITO, César Rodríguez. Navegando la Globalización: un mapa mundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 69-86.

42 GARGARELLA, Roberto. Grafts and Rejections: Political Radicalism and Constitutional Transplants in the Americas. **Rev. Jur. UPR**, v. 77, p. 507-530, jan./jun. 2008.

43 SANTOS, Álvaro. The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (Org.). **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300. p. 294. Tradução livre do autor de: "The projects consider regulation in a vacuum, severed from the political and socioeconomic context that it is supposed to affect and presents a set of legal rules as ready-mades, packaged as a strategy for development. However, even if it were possible to identify and isolate a set of rules as crucial for a country's economic success, this project assumes that they can be transplanted and take root across the board notwithstanding different economic, social and political settings".

- a. O conflito entre ordens jurídicas, nacionais, transnacionais e supranacionais, e o processo de superação do subdesenvolvimento. O maior desafio é a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo;
- b. A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito apresenta enorme dificuldade para ciência jurídica tradicional, pois conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito, frente a prescindibilidade estatal, vez que o estado-nação habita o cerne da doutrina do direito internacional;
- c. A adoção de um “pacote de instituições corretas” transplantáveis de ambientes dotados de um bem sucedido processo de desenvolvimento. Uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos – inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais;
- d. A realidade acima pontuada desvela, evidente identidade existente entre *rule of law*, própria dos países de sistema jurídico vinculados ao *Common Law* e a matriz desenvolvimentista e neoinstitucional confeccionadas nas organizações internacionais de amparo ao desenvolvimento para os países periféricos;
- e. O modelo econômico de desenvolvimento, constitucionalmente consagrado, tem incorporado os relatórios de "aconselhamento" do Banco Mundial, no que se refere as Emendas Constitucionais perpetradas no âmbito da Constituição Econômica;
- f. As concepções da Escola "Direito e Desenvolvimento" adotada no contexto político-institucional brasileiro, consagra um modelo, evidentemente, desenvolvido por atores internacionais ativamente envolvidos.

Referências

BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**,

n. 168, p.7-37, jun. 2014. Disponível em:<<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/194>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 145-154.

CARDUCCI, Michele; BRUNO, Anna Silvia. The BRICS Countries as a legal dynamic network and the multilevel 'hard' EU regional structure-a comparative survey. **International Journal of Public Law and Policy**, v. 4, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2013.

ELMAUER, Douglas. A Constitucionalização Do Sistema Econômico: Possibilidades E Obstáculos Para Uma Autolimitação Da Hiperexpansividade Da Economia Global. **FGV Direito SP**.ResearchPaper Series n. 143. Janeiro, 2016. Disponível em:<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716307>. Acesso em: 17 jul. 2017.

FERGUSON, Niall. **Empire: The RiseandDemiseofthe British World andtheLessons for Global Power**. New York: Basic Books, 2003.

FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia enla era de laglobalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.).**Derecho y justiciaen una sociedad global: lawandjustice in a global society**. Granada: Universidad de Granada, 2005.Anales de laCátedra Francisco Suárez, n. 39.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Trad. Elisete Antonuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARAVITO, César Rodríguez. Navegando laGlobalización: unmapamundi para elestudio y laprácticadelderechoen América Latina.In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derechoen América Latina: un mapa para elpensamiento jurídico delsiglo XXI**. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2011. p. 69-86

GARGARELLA, Roberto. GraftsandRejections: Political Radicalismand ConstitutionalTransplants in theAmericas. **Rev. Jur. UPR**, v. 77, p. 507-530, jan./jun. 2008.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do *ruleoflaw*. **Duc In Altum**-Caderno de Direito, v. 3, n. 4, p. 129-143, jul./dez. 2012.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1999. v. 1: Introdução ao estudo da filosofia. A filosofia de Benedetto Croce.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2001.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. **Revista do Ministério Público**, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012.

HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Revista Dados**– Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137-1168, out./dez. 2014.

IRTI, Natalino. **Norma e luoghi**. Problemi di geo-diritto. Roma: Laterza, 2001.

LOSANO, Mario. Teoria e pratica dei trapiantigiuridicitra colonialismo e multiculturalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 7, Parte I, 93 p.; Parte II, p.48, fev./maio 2012.

LOUREIRO, João Carlos. “A “porta da memória”: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma “dogmática da escassez”, In: AMARO, António Rafael; NUNES, João Paulo Avelãs (Org.). **“EstadoProvidência”, capitalismo e democracia, Estudos do Século XX 13**.Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013. p. 111-126.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. A desconstrução da lei no constitucionalismo global.**Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo,v. 2, n.6, p.129-141, jul./set., 2014.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, Iss. 1, Article 14, p.

383-448, winter, 2013. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MATTEI, Ugo. Direito comparado e os 'critical legal studies'. **Constituição, economia e desenvolvimento**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 250-277, jul./dez. 2014.

MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 3-19, mar. 1994. Disponível em: <http://works.bepress.com/ugo_mattei/14/>. Acesso em: 25 maio 2016.

MATTEI, Ugo. Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development. In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (ed.). **Contemporary States of Emergency: The politics of military and humanitarian interventions**. Zone Books, Forthcoming, 2009. p. 89-106.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the rule of law is illegal**. John Wiley & Sons, Malden, MA: Blackwell. 2008.

MEDINA, Diego López. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde américa latina. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 13, n. 26, p. 117-159, jan./jun. 2015.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, n. 51, n. 201, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e lex mercatoria. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, p. 89-122, jan./mar., 2015.

NORTH, Douglass. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: Arthur, W. Brian; Durlauf, Steven N.; Lane, David A. (Org.). **The economy as an evolving complex system II**. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997. p. 223-238.

PEGORARO, Lucio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herreria (Coord.). **Diálogo jurisprudencial enderechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: TirantloBlanch, 2013. p. 33-80.

PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 41, n. 2, p. 102-117, dez. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jul. 2017.

PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? **Novos estud.**- CEBRAP, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

SANTOS, Álvaro. The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (Org.). **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 213-252, jan./jul. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (Org.). **Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.101-112.

STREECK, Wolfgang. **Buying Time** – The delayed crisis of democratic capitalism. Londres: New Left Books, 2014.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949>. Acesso em: 05 ago. 2014.

WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative law. University of Georgia Press, 1993.

ZURBRIGGEN, Cristina. La "falacia tecnocrática" y la reforma del Estado: a diez años del Informe del Banco Mundial. **Nueva sociedad**, n. 210, p. 156-172, jul./ago., 2007.

Contrato de concessão de petróleo e gás: modelo e procedimentos aplicados no Brasil e Portugal

Contract for the concession of oil and gas: model and procedures applied in Brazil and Portugal

Alexandre Ricardo Machado

Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado

Resumo: A busca e exploração de novas áreas petrolíferas é tema hodierno de grande importância mundial. A cadeia produtiva move vultoso capital e os impactos conhecidos são inúmeros. Criou-se, no âmbito da PETROBRÁS, uma fórmula de concessão peculiar, própria para a exploração do óleo. De outra forma, inegável é o fato de que a exploração deve ser precedida por medidas governamentais correspondentes que possam garantir ou mesmo exigir obras de infraestrutura. A contrapartida parece ser insuficiente para coibir os eventuais problemas dos impactos econômicos e ambientais causados pela exploração. Aqui se buscará explicar os novos modelos de contratação do petróleo e gás brasileiros, mais especificamente, o Contrato de Concessão no *Upstream* Brasileiro. De outro modo, torna-se interessante a análise do mapa de licenças e concessões da Entidade Nacional Portuguesa, relativamente, ao mercado de combustíveis, sendo certo que áreas de exploração foram desconstruídas comprometendo contratos de prospecção e exploração de petróleo e gás em Portugal.

Palavras-chave: *Upstream* Brasileiro. Exploração de Petróleo e Gás. Contratos e Concessões em Portugal.

Abstract: The search and exploration of new oil fields are a very important issue worldwide. The supply chain moves bulk capital and known impacts are

considerable. It was created with in the Brazilian oil company: PETROBRAS a formula that grants peculiar form of oil exploitation. Otherwise, undeniable is the fact that the operation must be preceded by the corresponding governmental measures that can ensure or even require infrastructure works. The contrast seems to be insufficient to curb any problems of economic and environmental impacts caused by the operation. This paper is to explain the hiring of new models of administrative contracts of oil and gas, more specifically the concession Agreement in the Brazilian Upstream.

Otherwise, it is interesting to analyze the map of licenses and concessions of the Portuguese National Entity with respect to the fuel market, being certain that exploration areas were decontracted, compromising exploration contracts and exploration of oil and gas in Portugal.

Keywords: Brazilian Upstream. Exploration of Oil. Contracts and Concessions in Portugal.

Introdução

O petróleo, apesar de não ser renovável, ainda é a principal fonte de energia mundial, a despeito de sua complexa cadeia de produção que se inicia na exploração, e, após a sua localização, continua no refino, transformação, em diversos derivados, distribuição e venda dos produtos energéticos e não energéticos. Como todo movimento exploratório, reflete-se no comportamento da população, em geral, representando um potencial causador de impactos econômicos e ambientais.

Diante da inquestionável relevância social devido as ações econômicas decorrentes do referido tema, é fundamental buscar um melhor entendimento sobre a evolução das formas de contratação no *Upstream* Brasileiro, pela sua história, acompanhando as diversas transformações que sofreu após ter se materializado, de forma mais ampla e detalhada, com a aprovação da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953¹, assegurando, na prática, o monopólio estatal da atividade petrolífera no Brasil, marcada pela criação da empresa de Petróleo Brasileiro S.A - Petrobrás.

1 Essa Lei foi revogada e dispunha sobre a Política Nacional do Petróleo e definia as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, autorizou a constituir, na forma da lei, a sociedade por ações, que se denominou - Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobrás.

Não somente pressões internacionais, mas também, necessidades internas influenciaram na modificação relacionada ao referido monopólio, sobretudo, a partir do descobrimento da Bacia de Campos, no Rio de Janeiro, pois, esse novo depósito petrolífero atraiu diversas empresas internacionais, ocasionando a primeira abertura do mercado brasileiro, a partir dos chamados contratos de risco². Esse foi o início das privatizações do setor que levou a sua "flexibilização", embasado pela Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995³, considerada um marco para o desenvolvimento social, tecnológico e científico do País.

Com a assinatura da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997⁴, conhecida como Lei do petróleo, criadora da Agência Nacional de Petróleo, da Gás Natural e Bicombustível (ANP), e do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), e reestruturando o setor petrolífero e determinando as diretrizes dos novos contratos de uso e exploração da malha petrolífera brasileira.

Assim, com o surgimento desses novos modelos de contratação e com o conseqüente melhor aproveitamento do Petróleo e do Gás Brasileiro, faz-se necessário um estudo mais apurado desse referido tema, buscando uma melhor compreensão sobre o contrato de concessão no *Upstream* nacional, utilizando a cronologia dos fatos e dos processos decisórios, de grande relevância estratégica e geopolítica⁵.

1. O contrato de concessão no *Upstream* brasileiro

O atual modelo de contrato de concessão tem, como dispositivos reguladores, um edital definitivo que definirá as regras de participação para

2 Em decorrência da instabilidade política no Oriente Médio, a alta do preço do petróleo permanece e a crise econômica, iniciada em 1974, continua a abalar o mundo. A economia brasileira é atingida e o Governo autoriza a assinatura de contratos de risco, permitindo que a iniciativa privada explore petróleo no Brasil.

3 Modifica a redação da Constituição Federal de 1988, o § 1º do art. 177 passa a vigorar com a seguinte redação: "§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei."

4 Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, passa a reger os Contratos de Concessão.

5 ANP. Portaria nº 14, de 24 de janeiro de 2013. DOU - Seção 2 - nº 18, de 25 de janeiro de 2013 - pg. 37. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/CEL/DOU_Portaria_CEL_25012013.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

todas as sociedades empresariais e consórcios, no certame licitatório⁶. Para tanto, regular-se-á pela Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988⁷, pela Lei n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997⁸; Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010⁹ e pelo Decreto n.º 2.705, de 3 de agosto de 1998¹⁰. O contrato de concessão no *upstream* nacional apresenta como principais características¹¹:

- a. divisão em duas fases: exploração e avaliação (dois períodos)¹², e a fase de produção, para um período de 27 anos¹³;
- b. custos e riscos são de responsabilidade exclusiva do concessionário, que da mesma forma, responde pela propriedade do petróleo e do gás natural produzidos, no ponto de medição;
- c. responsabilidade exclusiva do concessionário, para a obtenção de todas as licenças, autorizações, permissões e direito exigidos, nos termos da lei;
- d. entrega de todos os dados e informações pelos concessionários à ANP, sendo que as fiscalizações de conteúdo local ocorrerão ao final da fase de exploração e da etapa de desenvolvimento;
- e. o início da produção deverá ocorrer no máximo em cinco anos, após a Declaração de Comercialização.

6 O pré-edital teve sua publicação no D.O.U. De 24 de janeiro de 2013 e em jornais de grande circulação, traz as áreas em oferta na décima primeira rodada de licitações, as regras e procedimentos para participação e o cronograma preliminar, este passará por processo de consulta pública e audiência pública, estando sujeito a eventuais correções e aperfeiçoamentos.

7 IncisosV e IX do Art. 20, *caput* do artigo 176 e o inciso I e parágrafo primeiro do Art. 177.

8 Art. 3, 4, 5, 6, inciso III do art. 8, 21,22, 23, 24, 25, 26, 28 §§1º e 2º, 36 a 42, inciso IV, V e VI do art. 43, 46 e 47 §3º.

9 Art. 9, 10, 11, 34 e 62.

10 Art.3º- Definindo critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais, ficando incorporadas ao contrato.

11 ANP. Portaria nº 14, de 24 de janeiro de 2013. DOU - Seção 2 - nº 18, de 25 de janeiro de 2013 - pg. 37. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/CEL/DOU_Portaria_CEL_25012013.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

12 **Fase de Exploração:** período contratual em que deve ocorrer a Exploração e a Avaliação. Clausula quinta da pré-minuta do contrato de concessão.

13 **Fase de Produção:** período contratual em que deve ocorrer a Etapa de Desenvolvimento e a Produção. Clausula nona da pré-minuta do contrato de concessão.

Notoriamente, o modelo contratual de concessão adotado para a 11ª rodada possui um forte clamor na busca pelo desenvolvimento Social Regional. Para tanto, elencou-se as participações governamentais em: *royalties*, participação especial, taxa de retenção de área e bônus de assinatura. Da mesma forma, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento foi reservado 1% da receita bruta dos campos de produção extraordinária (PE).

1.1 Atribuições de Direitos nos Contratos de Upstream no Brasil

No contexto nacional, a União como detentora dos direitos sobre os recursos naturais, realiza certames licitatórios para decidir a quem será adjudicado o direito de explorar os hidrocarbonetos, por meio de assinatura de contratos de exploração e produção petrolífera¹⁴. Apenas os contratos de cessão onerosa, que nos termos do Artigo 1º da Lei nº 12.276, de julho de 2010, dispensa a licitação em prol do Petróleo Brasileiro S.A.

Segundo Pinho¹⁵ os agentes participantes dos certames e das rodadas de negociações se submetem as disposições da Constituição Federal pela lei específica do modelo de outorga a ser adotado, que pode ser: (i) de concessão, (ii) de partilha de produção e, (iii) de cessão onerosa. De uma forma ampla, as empresas interessadas na exploração, concorreram, entre si, seguindo as regras estabelecidas pela União e representadas pela ANP¹⁶, observando o interesse maior da preservação do recurso natural, com maximização dos lucros da produção.

1.2 Instrumentos de Outorga no Upstream Brasileiro

Os modelos de outorga adotados, no Brasil, são reflexos da atual estrutura político-econômica do País e de seus desdobramentos. O regime jurídico-

14 Sobre o regime de monopólio e concessão da exploração, ver artigos 176, §§1º e 3º e Inciso I do art. 177 da Constituição Federal de 1988. Referindo-se a atividade de pesquisa e lavra das jazidas, como monopólio da União, permitindo a esta, a concessão das atividades de exploração e Produção.

15 PINHO. Claudio A. *Pré-Sal* - História Doutrina e Comentários às Leis. Belo Horizonte: Legal, 2010.

16 Conforme Artigo 8º da Lei n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997- A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização, cabendo-lhe: elaborar editais, promover licitações, e celebrar contratos e fiscalizar sua execução;

regulatório define a exploração da matriz energética, o petróleo do pré-sal, como peça fundamental para o desenvolvimento econômico-social e sustentável da nação¹⁷, caracterizando o novo marco regulatório¹⁸.

Em 2010, o Brasil passou a adotar um regime regulador misto, que além da exploração e produção de petróleo e gás, oriundos do pré-sal, incluiu outras áreas consideradas estratégicas. De acordo com Jacques Vieira Gomes,¹⁹ o referido modelo permite estimar a diversidade dos riscos geológicos e os possíveis volumes existentes em cada bloco licitado.

Os principais modelos de contrato adotados para exploração e produção de petróleo e gás, no Brasil, são: **i)** a concessão, com base na Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo); **ii)** o contrato de partilha de produção, determinado pela Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para as áreas do polígono do pré-sal²⁰ e outras estratégicas²¹; **iii)** a cessão onerosa, instituído pela Lei n.º 12.276, de 30 de junho de 2010, criado exclusivamente para a Petrobras²².

17 As estimativas de reservas para o pré-sal brasileiro indicam potencial de 70 a 100 bilhões de barris de óleo equivalente – BOE (soma de petróleo e gás natural).

18 ANP. **Portaria nº 14, de 24 de janeiro de 2013**. DOU - Seção 2 - nº 18, de 25 de janeiro de 2013 - pg. 37. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/CEL/DOU_Portaria_CEL_25012013.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

19 GOMES. Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Senado Federal. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD55-CarlosJacquesVieira.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

20 Art. 2º inciso IV, assim define - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico;

21 Art. 2º inciso V, assim define: área estratégica: região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;

22 LIMA. Paulo César Ribeiro. **Pré-sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

2. Regime Jurídico de concessão de direitos, prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de Petróleo e Gás, em Portugal

2.1 O quadro normativo Português

Apesar da base uniformizadora europeia,²³ no que concerne a prática de procedimentos de concessão de direitos, cada Estado-membro legisla o seu próprio regime jurídico, em matéria organização das atividades de prospeção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos, cujos princípios e ditames, são, normalmente, apresentados segundo modelos standardizados.

Em Portugal, o enquadramento legal desses contratos de concessão encontra a sua base legislativa, com mais de 20 anos, no Decreto – Lei n.º 109, de 1994, de 26 de abril. Esse diploma institui uma entidade administrativa específica para a organização das atividades relativas ao petróleo, designada por *Gabinete para a Pesquisa e Exploração de Petróleo*, hoje em dia, alterado, depois de algumas vicissitudes institucionais, para *Divisão para a pesquisa e Exploração do Petróleo* (DPEP), operando operar na Direção – Geral de Energia e Geologia (DGEG). Dessa forma, convém, explicitar, muito resumidamente, cada uma das atividades que completam a fase *upstream* de exploração e produção petrolífera.

A prospeção e a pesquisa correspondem ao conjunto de trabalhos de gabinete, de laboratório e de campo²⁴ (cfr. artigo 33.º do Decreto – Lei 109, de 1994, os trabalhos de campo são os relativos a levantamentos geológicos e geofísicos de qualquer espécie, às sondagens de pesquisa e colheita de amostras para estudo) realizados numa área concessionada, com o intuito da descoberta e/ou apreciação de acumulação de petróleo.

Sempre que as citadas atividades criam a oportunidade de um campo de petróleo, economicamente, rentável passe à fase de desenvolvimento, a

23 Diretiva 94/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 1994 – teve como consequência a uniformização de regimes legais acerca dos domínios de concessão, esbatendo as diferenças entre os ordenamentos jurídicos em nome do importante princípio do direito energético europeu. Com efeito, esta diretiva impõe que seja garantida a não discriminação no acesso e no exercício de atividades de prospeção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos.

24 ARAGÃO, Alexandra; CUNHA, Carolina, et al. **Direito do Petróleo**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2013.

concessionária concretiza a demarcação preliminar do campo (cfr. artigo 37.º, n.º 2 do Decreto – Lei n.º 109, de 1994) e o plano geral de trabalhos, nomeadamente, o plano geral de desenvolvimento de produção, tal como planos anuais de trabalhos, meticolosamente, pormenorizados e orçamentados. Essa fase culmina com a demarcação definitiva dos blocos petrolíferos em que se enquadram os campos de petróleo, situação que tem de se verificar num limite de tempo de cinco anos, a contar da data de aprovação do plano geral de desenvolvimento.

A fase de produção é contemporânea a de desenvolvimento, pois, a parte comercial de um efetivo campo de petróleo poderá ser iniciada a partir da data de aprovação do plano geral de desenvolvimento de produção. A concessionária fica obrigada a medição e registo do petróleo extraído e recuperado, atividades que estão vinculadas a prosseguir conforme as regras europeias e as boas práticas da indústria (cfr. as regras prescritas no *Manual of Petroleum Measurement Standards*, aprovado pelo *American Petroleum Institute* e que são, normalmente, utilizadas como meios standards de referência em inúmeros contratos de produção).

A última fase, traduz-se na fase de abandono, que tem destaque sempre que a concessionária invoca, inviabilidade, técnica ou econômica para prosseguir a exploração. É na prática uma operação regulamentada, dado que compromete diversas operações de recuperação e requalificação ambiental.

Por sua vez, a DPEP para concretizar e garantir uma coerente e eficaz organização das atividades, promove, em primeiro lugar, a estruturação das áreas destinadas ao exercício das citadas atividades (*onshore e offshore*), dividindo as bacias sedimentares Meso – Cenozóicas²⁵, em quadrantes de 1.ª latitude, por um 1.º de longitude (que por sua vez se subdividem em unidades básicas designadas como lotes, com 6` de longitude, por 5` de latitude), e uma superfície média de cerca de 80 km², exceto quando interceptados pela linha da costa, pela linha de fronteira territorial ou pela linha exterior da plataforma continental correspondente a batimétrica que define o limite de exploração econômica, ou ainda pelos limites dos lotes remanescentes, após as restituições de áreas previstas

25 Os atuais dados sísmicos e de gravimetria adquiridos pela TGS – NOPEC permitiram agrupar as bacias Meso – Cenozóicas em dois grupos: as bacias interiores – localizadas na região interior da margem continental e estendendo-se normalmente para *onshore* – onde fazem parte a Bacia do Porto, a Bacia Lusitânica e a Bacia do Algarve; e as bacias exteriores – localizadas em águas profundas a Oeste e a Sul das primeiras – patamar onde se integram a Bacia Interior da Galiza, a Bacia de Peniche, a Bacia do Alentejo, a Bacia de Sagres e a Bacia do Golfo de Cadiz. Disponível em: <<https://gasnaturalnao.wordpress.com/category/fracturamento-hidraulico-fracking/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

(cfr. artigo 4.º da diretiva 94/22/CE – critérios mínimos para a organização das atividades, embora não circunscreva com exatidão as áreas geográficas).

2.2 Concessões e Contratos

O direito ao acesso e ao exercício das atividades de prospeção²⁶, pesquisa e desenvolvimento obedecem a um figurino tradicional, o qual não segue a atual Diretiva 2004/17/CE e, particularmente, não se relaciona em várias amplitudes ao que é definido pelo Código dos Contratos Públicos (CCP). Por exemplo, no caso do concurso da desmaterialização do procedimento concursal que leva à eliminação do ato público de aberturas de propostas, e por sua vez, a avaliação das propostas e a habilitação dos concorrentes, numa fase posterior a adjudicação, quer o ajuste seja direto, quer o processo de negociações, quando aceitável, implicar um convite, da parte do contraente público ou a apresentação de várias candidaturas, não se prevendo a contratação com base num simples requerimento de uma parte interessada. De todo modo, esses direitos são sempre subordinados a um único título – Contrato de Concessão e Adenda (s) respetiva(s) contemplando todas as fases de atividades²⁷.

No que concerne a zona imersa profunda (profundidade de coluna de água superior a 200 metros), o modelo de contrato foi definido no âmbito do Concurso Público Internacional de 2002, para atribuição de áreas de concessão na zona imersa profunda de acordo com o Decreto-Lei 109/94, de 26 de abril.

No âmbito da Recomendação da Comissão Europeia,²⁸ datada de 22.01.2014, relativa aos princípios que devem reger a exploração e a produção de hidrocarbonetos (concretamente de gás de xisto) mediante o processo de

26 DIAS, Nélia Daniel. A Estabilidade nos contratos petrolíferos e alguns dos princípios gerais de direito conexos: do mito à realidade. *Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa*, v. III, ano 71, p. 829-839, jul./set, 2011.

27 ENMC. **Contratos em Execução**. Apresentação da Situação Atual da Pesquisa e Exploração de Recursos Petrolíferos em Portugal. Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis. E.P.E.2016. Disponível em: <<http://www.enmc.pt/pt-PT/atividades/pesquisa-e-exploracao-de-recursos-petroliferos/licencas-e-concessoes/contratos-em-execucao/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

28 UE. 2014/70/EU: Recomendação da Comissão, de 22 de janeiro de 2014, relativo a princípios mínimos para a exploração e a produção de hidrocarbonetos (designadamente gás e xisto) mediante fracturação hidráulica maciça. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0070>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

fraturamento hidráulico – *fracking*-método, que possibilita a extração de combustíveis líquidos e gasosos do subsolo, houve em Portugal quatro contratos de concessão *onshore* para a prospeção, pesquisa, e desenvolvimento e produção de petróleo intitulados de “Batalha” e “Pombal”, “Aljezur” e “Tavira”. Os concessionários que interagiram, no primeiro contrato, foram a Australis Oil & Gas Portugal Lda, e no segundo, a Portfuel, Petróleos e Gás de Portugal Lda.

Quanto à prospeção e pesquisa de petróleo de 2015/2016 (*Deep-Offshore*), abrangeu a Bacia do Alentejo (1 sondagem de pesquisa realizada pelo consórcio EN/Galp), e a Bacia do Algarve (1 sondagem de pesquisa realizada pelo consórcio Repsol /Partex).

Não é menos importante, salientar que a compreensão, aparentemente, simplificada dos conceitos de licenças e concessões para prospeção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos, estudada pela doutrina tradicional e europeia, se observa em franca insuficiência jurídica, para abarcar com toda a complexidade que esse processo consigna, dado que as dimensões econômicas de bens jurídicos, como o ambiente, e portanto a defesa de direitos difusos (sobretudo diretos das gerações futuras), passaram a ser preocupações integrantes das próprias concessões.

2.3 O caso particular do Algarve

Portugal tem cerca de 10 milhões de habitantes e 900 km de costa, com o Oceano Atlântico. A região do Algarve, atualmente, recebe mais de 12 milhões de turistas por ano, vindos de todo o mundo. É responsável por 16,4 milhões de dormidas, ou seja, 36% do total nacional, e tem uma receita de cinco bilhões de euros por ano. O turismo é a atividade mais importante do Algarve e é responsável por 60% da empregabilidade da supra região. Inclusive, de acordo com o Turismo de Portugal, dados estatísticos demonstram que a natureza e as atividades relacionadas com a mesma, integram 69% dos motivos, pelos quais os turistas visitam o Algarve. Afinal, nessa região, 40% do território está classificada como área protegida pelo Departamento da Natureza e das Florestas.

Contudo, os governos anteriores retomaram a campanha de incentivos à exploração de petróleo e gás natural. Depois da abertura de um concurso público, algumas empresas assinaram diversos contratos de concessão, em algumas áreas de Portugal. Só no Algarve, empresas como a ENI, a Galp, a

Portfuel, a Repsol e a Partex conseguiram deter oito áreas de exploração, duas em terra e seis em mar. No momento, decorrem trabalhos de prospeção, sendo que a Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis – ENMC estima que a fase de exploração tenha início em 2020. Entretanto, pode-se questionar, que impactos têm essas atividades.

Em primeiro lugar, as técnicas de prospeção, bem como, as pesquisas sísmicas 3D no oceano provocam uma enorme quantidade de ondas sonoras que afetam, diretamente, os animais marinhos, com um impacto mil vezes superior ao de um motor de avião. Não obstante, independentemente das evidentes consequências ambientais, a ENMC afirmou ainda assim, no dia 12 de janeiro de 2016, que para dar início ao processo de prospeção não seriam necessários estudos de impacto ambiental. Contudo, durante a fase de exploração, os impactos podem ser bastante agressivos e o derrame de resíduos pode ser catastrófico, tal como se observou, em abril de 2010, no Golfo do México quando, numa plataforma da BP, uma fuga de petróleo perdurou durante 87 dias.

As emissões de poluentes, também, aumentam o metano, gás expelido nas explorações de gás de xisto, que é muitas vezes rotulado como mais “verde” do que outros gases, mas, na verdade, contribui para o aquecimento global.

Por último, a contaminação dos aquíferos, em terra, pode ser provocada através de um processo conhecido como fracturação hidráulica ou *fracking* que aquando da extração, pode perfurar a rocha, atingindo os lençóis de água, abrindo caminho a infiltrações de mais de 600 químicos e de gás natural. Ademais, o aumento da atividade sísmica está, também, relacionado com o *fracking*, o que é preocupante, especialmente sendo o Algarve a região nacional com maior atividade sísmica.

Conclusão

Observando a importância do Petróleo e do Gás Natural para o setor energético do Brasil, assim como, a sua evolução cronológica e os motivos históricos que concorreram para as alterações nos contratos de exploração, pode-se confirmar na adoção de três grandes modelos contratuais, no *upstream* brasileiro: (i) o contrato de concessão, (ii) o contrato de partilha de produção, e (iii) o de cessão onerosa. Esse último, criado, exclusivamente, para atender a Petrobras. Esses modelos refletem um momento político-económico nacional,

evidenciado pela incapacidade financeira da União e da real necessidade de novos investimentos no setor.

A necessidade de se obter parceiros privados determinaram a criação de novas regras para estabelecer o regime jurídico-regulatório, estabelecendo limites, deveres e obrigações entre União, empresas e consórcios privados e estatais, sempre balizados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Dessa forma, faz-se necessário um novo regime regulatório estável, que possibilite atrair potenciais investidores privados. Com esse regime, se objetiva interferências oriundas da administração pública de natureza política, sem cunho protetório ou mesmo assecuratório de obrigações, mesmo que os atuais modelos não expressem essa necessidade, contribuindo assim, para uma segurança jurídica e observância do pacto firmado.

Seguindo essa nova política de ampliação e conhecimento das reservas brasileiras, tem-se uma nova fronteira exploratória que, até então, era pouco conhecida. O modelo contratual de concessão adotado para a 11ª rodada, em novos estados da federação, busca propiciar franco desenvolvimento sócio-regional, descentralizando, atraindo investimentos exploratórios, incentivando e fixando a participação de empresas de pequeno e médio porte, nacionais e estrangeiras.

Fato contraditório e marcante a ser repensado, é o do aumento da demanda por bens e serviços locais, em busca de uma frenética geração de empregos, de maneira a viabilizar distribuição de rendas em estados pouco desenvolvidos. Dessa forma, é impossível imaginar um modelo de exploração sem o devido planejamento e desenvolvimento da infraestrutura local.

Deve-se, portanto, repensar a política de governo a ser implantada sem investimentos reais e sem planejamento, principalmente em relação aos empreendedores da cadeia produtiva do petróleo. Essa circunstância pode ser extremamente prejudicial no que tange ao futuro dessas populações, ao desenvolvimento local e a outros itens que não deveriam passar despercebidos pelos agentes envolvidos. Um exemplo irremediável pode ser dado, a partir das concessões na Nigéria, em que não houve qualquer pedido de contrapartida ou mesmo imposições governamentais aos atores envolvidos, e que por isso, restou ao país um passivo ambiental de difícil reconstituição, isso sem contar com os impactos na saúde da população.

Dessa forma, as exigências legais impostas, objetivando a concessão, estabelecida na 11ª Rodada de licitações, para contratação de bens e serviços locais parecem ser impossíveis de se atender. A exploração de petróleo exige

uma infraestrutura permeada com planeamento social e ambiental. Mas, na prática observam-se legisladores lutando pela distribuição igualitária dos benefícios oriundos da exploração petrolífera, sem considerar outros malefícios, mesmo que desconhecidos, que a extração do óleo pode gerar.

Não há, ainda, tecnologia desenvolvida de maneira satisfatória, que permita uma exploração sustentável da camada de pré-sal ou mesmo nas bacias maduras ou não. Os modelos, atualmente, existentes que o Brasil mantém em funcionamento estabelecem-se em tecnologias que podem não ser suficientes para aplacar ocorrências imprevisíveis. Por isso, o modelo de concessão implementado, por meio da Lei do Petróleo mereceu atenção de renomados juristas e cientistas. A questão central é que o impacto ambiental seja contornado por medidas assecuratórias. No entanto, as exigências são muitas vezes incontornáveis e de difícil solução.

Quanto a Portugal, foram assinados, nos últimos anos, contratos de concessão de direitos de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e produção de petróleo e gás, em todo o território nacional, *onshore* e *offshore*, mas, com particular incidência no Algarve. Nesses termos, Portugal ficou obrigado a um negócio que comporta riscos ambientais graves para uma área que deve bastante, à sua imagem, economia e riqueza, à sublimidade dos seus recursos naturais, e concretamente às zonas protegidas (SILVIA, 2012), como o Parque Natural da Ria Formosa e da Reserva Natural do Sapal de Castro Marim, o Parque Natural do Sudoeste Alentejano e a Costa Vicentina.

A enorme incerteza das contrapartidas financeiras para o Estado e para a região do Algarve, determina algumas razões de discordância quanto à celebração desses negócios. Observando atentamente esses contratos, verifica-se, que na sua maioria existem Cláusulas de Estabilidade definindo que as empresas concessionárias têm de fomentar o lucro no que é expectável, bem como, tomar medidas necessárias no combate as alterações climáticas que Portugal tem subscrito e adotado, internamente, e no quadro da União Europeia. Estudiosos da comunidade internacional têm comprovado que o consumo de fósseis (carvão, petróleo e gás natural) é a razão humana que mais favorece a desarmonia climática do planeta.

Relativamente, à sustentabilidade ambiental, no último dezembro de 2015, um conjunto de 200 países, incluindo Portugal, se comprometeram a atingir uma meta até ao final do século, fazendo tudo que for possível para limitar a temperatura média global do planeta (UNFCCC,2016) até menos de 2°C

acima dos níveis industriais e promover esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais.

Referências

ANP. **Resolução nº 27, de 02 de junho de 2011** – Publicada no DOU em 03 de junho de 2011. O Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis - ANP, no uso de suas atribuições legais [...], aprova o Regulamento, em anexo, que trata dos procedimentos para a realização de licitação de blocos destinados à contratação das atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural sob o regime de concessão. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Resolu%C3%A7%C3%A3o_ANP%2027-2011-Proc_rodadas_licitacoes.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ANP. **Portaria nº 14, de 24 de janeiro de 2013**. DOU - Seção 2 - nº 18, de 25 de janeiro de 2013 - pg. 37. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/CEL/DOU_Portaria_CEL_25012013.pdf> Acesso em: 10 fev. 2016.

ANP. **O regime regulador misto: concessão e partilha**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=57842#coordenadas-poligono-pre-sal>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ANP. **Pré-Edital e Pré Minuta do Contrato de Concessão da 11ª Rodada de Licitações de Petróleo e Gás**. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/round11/portugues_r11/edital.asp>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ANP. **Pré-Edital da Audiência Pública da 11ª Rodada de Licitações de Petróleo e Gás**. Disponível em: <http://brazilrounds.gov.br/arquivos/pre-edital/comunicado_pre-edital_audiencia_dou.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ANP. **Mapa e Parâmetros de áreas oferecidas na 11ª Rodada de Licitações de Petróleo e Gás**. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/round11/portugues_r11/areas_oferecidas.asp>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ANP. **Mapa e Novos Parâmetros de áreas oferecidas na 11ª Rodada de Licitações de Petróleo e Gás**. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/round11/portugues_r11/areas_oferecidas.asp>. Acesso em: 10 fev. 2016.

gov.br/arquivos/areas_oferecidas_r11/Mapa/Publicacao_Parametros_Novas_Areas_R11.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ARAGÃO, Alexandra; CUNHA, Carolina, *et al.*. **Direito do Petróleo**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Emenda constitucional n.º 9, de 9 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília, DF: Senado, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 2.004 de 03 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010**. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12276.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998.** Implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3520.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 2.705, de 03 de agosto de 1998.** Define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2705.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. CNPE. **Resolução nº 8, de 21 de julho de 2003.** Estabelece a política de produção de petróleo e gás natural e define diretrizes para a realização de licitações de blocos exploratórios ou áreas com descobertas já caracterizadas, nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em:<http://www.brazil-rounds.gov.br/arquivos/cnpe/RCNPE_082003.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. CNPE. **Resolução nº 3, de 18 de dezembro de 2012.** Publicado no D.O.U., de 11 de janeiro de 2013. Autoriza a realização da Décima Primeira Rodada de Licitações de blocos exploratórios de petróleo e gás natural. Disponível em:<http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/conselhos_comite/CNPE/resolucao_2012/Resolucao_CNPE_03_2012.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

DIAS, Nélia Daniel. A Estabilidade nos contratos petrolíferos e alguns dos princípios gerais de direito conexos: do mito à realidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. III, ano 71, p. 829-839, jul./set, 2011.

ENMC. **Contratos em Execução.** Apresentação da Situação Atual da Pesquisa e Exploração de Recursos Petrolíferos em Portugal. Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis. E.P.E.2016. Disponível em: <<http://www.enmc.pt/pt-PT/atividades/pesquisa-e-exploracao-de-recursos-petroliferos/licencas-e-concessoes/contratos-em-execucao/>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

GOMES, Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Senado Federal. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD55-CarlosJacquesVieira.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Pré-sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

PINHO, Claudio A. **Pré-Sal - Historia Doutrina e Comentários às Leis**. Belo Horizonte: Legal, 2010.

SILVA, Suzana Tavares; SOARES, Cláudia Dias. **Direito das Energias Renováveis**. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

UE. **2014/70/EU**: Recomendação da Comissão, de 22 de janeiro de 2014, relativo a princípios mínimos para a exploração e a produção de hidrocarbonetos (designadamente gás e xisto) mediante fracturação hidráulica maciça. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0070>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

UNFCCC. **The Paris Agreement**. United Nations Framework Convention on Climate Change. 2016. Disponível em: <https://unfccc.int/paris_agreement/items/9485.php>. Acesso em: 10 fev. 2016.

A Solidariedade entre os Estados: o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo e sua relação com o Tribunal Penal Internacional

Solidarity among States: the emergence of the Cooperative Constitutional State and its relationship with the International Criminal Court

*Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc
Sidney Soares Filho*

Resumo: O presente trabalho aborda o conceito de Estado Moderno e a necessidade de sua superação para o Estado Constitucional Cooperativo, assim como e sua relação com o Tribunal Penal Internacional. Inicialmente, os elementos que compunham a entidade estatal eram o povo, o território e a soberania. Estudos doutrinários, todavia, acrescentaram mais um elemento: os objetivos determinados de seu povo. Porém, a globalização permitiu a fluidez das fronteiras dos Estados, de modo que, hoje, o estado não pode agir apenas em prol do interesse do seu povo, porque, para uma coexistência mundial pacífica, é necessário que os diferentes povos harmonizem seus respectivos interesses. Assim, as entidades estatais devem cooperar entre si, firmando o chamado Estado Constitucional Cooperativo. O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma é um exemplo da manifestação desse novo estado. Trata-se de um órgão jurisdicional internacional permanente que não exclui a soberania de seus países signatários, a assegura de forma compartilhada. Desse modo, procurou-se, estudar o surgimento do Estado Cooperativo e suas relações, por meio de pesquisas bibliográficas, em especial, através de livros e documentos jurídicos e de matérias jornalísticas.

Palavras-chave: Estado Constitucional Cooperativo. Tribunal Penal Internacional. Soberania Compartilhada. Estatuto de Roma.

Abstract: This study discusses the concept of the Modern State and the need to overcome them, the Constitutional State Cooperative and its relationship with the International Criminal Court. It is known that initially the elements that made up the state were the people, territory and sovereignty. Doctrinal studies, however, added another element, the stated objectives of his people. It turns out that globalization has allowed the fluidity of the boundaries of states, so that, today, can not act only on behalf of the interests of its people. This is because, for a peaceful coexistence worldwide, makes it necessary that differences people harmonize their interests. In other words, the state can not just think of the individual interests of its population, state agencies must cooperate and integrate with each other, is called the Constitutional State Cooperative. The International Criminal Court established by the Rome Statute, is an example of the manifestation of this. This is a court that does not exclude international permanent sovereignty of its signatories, but only complement. This Court is an example of shared sovereignty. Thus, we, in this paper, to study the emergence of the state and its rel Cooperative, through bibliographic research, particularly through books and legal documents and journalistic matters.

Keywords: State Constitutional Cooperative. International Criminal Court. Shared sovereignty. Rome Statute.

Introdução

O conceito de Estado é plural, vez que a sua definição é um desafio de diversas Ciências, como o Direito, a Sociologia, a Ciência Política e a Filosofia, entre outras. Desde o século XVI, houve várias tentativas para chegar a uma definição precisa, única, porém, talvez pela alta rapidez das transformações sociais, ainda não se encontrou um conceito mais adequado para definir o Estado. Para isso, se faz necessário observar seus elementos básicos e os requisitos para a sua formação: o povo, o território e a soberania.

A globalização fez diluir as fronteiras existentes entre os Estados e assim, percebeu-se que as ações das entidades estatais não podem chancelar tão somente os interesses do seu povo porque o mundo deve ser visto como uma

grande comunidade, e todos os seus habitantes devem pautar condutas em prol de uma coexistência pacífica. Essa noção de integração, cooperação e solidariedade, entre os Estados, fez surgir o Estado Constitucional Cooperativo. Todavia, fazer um estado pautar sua conduta em outros, talvez possa interferir na sua soberania, submetendo-o a outra vontade, que não a de seu povo.

Ademais, o Direito Internacional promove grande importância às organizações internacionais, entre elas o Tribunal Penal Internacional (TPI), órgão jurisdicional permanente, criado pelo Estatuto de Roma, competente para julgar crimes que, por sua gravidade, atinjam o interesse da humanidade, como: crimes que firam algum Tratado Internacional, ainda que o país, onde o delito ocorreu, tenha órgão jurisdicional competente.

Dessa forma, o trabalho define Estado Constitucional Cooperativo e apresenta respostas a respeito de como desencadeou o seu surgimento e suas implicações e qual sua relação com o Tribunal Penal Internacional. Além disso, investigou a possível compatibilização entre a soberania dos Estados e o Tribunal Penal Internacional.

Através de método hipotético-dedutivo, este trabalho se desenvolveu a partir dos questionamentos acima levantados, analisando-os com os fatos e dados descobertos. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, dissertações/teses, legislação, artigos, revistas especializadas, matérias jornalísticas e consulta em sítios eletrônicos, além de pesquisa jurisprudencial, o que constitui numeroso material, essencial para análise do tema ora abordado.

Assim, o presente trabalho foi dividido em dois tópicos. No primeiro, foi abordado a globalização e do surgimento do Estado Constitucional Cooperativo. Por fim, no último tópico, estudou-se a relação entre Estado Constitucional Cooperativo e o Tribunal Penal Internacional, tecendo relações com a soberania brasileira.

1. O surgimento do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e a Globalização

Etmologicamente, o termo Estado advém do substantivo latino “*status*”, o qual, por sua vez, emana de “*stare*”, que significa estar firme, estabilidade. Assim, já existia o termo Estado antes da existência de um estado.

Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” publicada em 1531, foi o primeiro doutrinador que introduziu essa palavra, referindo-se a um lugar, tornando-se,

com seus estudos, um dos precursores da Ciência Política. Para Ele, “Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados (...)”¹. Dessa forma, o Cientista Político já anunciava os elementos necessários à composição de um Estado, quais sejam: povo², território e soberania; como também, já delineava a definição de entidade estatal.

São exatamente esses elementos citados acima que compõem o conceito de Estado. Jellinek, por exemplo, escreve que o Estado “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”³. Nota-se que, quando o doutrinador fala em “poder originário de mando”, nada mais significa do que a soberania estatal, conforme dispõe Miguel Reale, nos termos abaixo aduzidos:

Soberania é tanto a força ou o sistema de força que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania⁴.

Percebe-se, assim, que o delineamento do conceito de Estado começa a surgir no século XVI. Nessa época, emergiram três espécies de conceito político, social e jurídico. Cláudio De Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga, no intuito de albergar essas três concepções de Estado, conceituam-no da seguinte forma:

Uma definição abrangente de Estado seria “uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na

1 MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 11.

2 É importante ressaltar que alguns afirmam que a população é elemento do Estado, e não o povo. Todavia, Walter Ceneviva (2003, p. 34) diferencia povo de população, preceituando que “Povo, em conceito mantido nos limites da ciência do Direito, é o conjunto das pessoas subordinadas ao mesmo ordenamento jurídico, providas de capacidade para exercerem os direitos deste decorrentes (...) Enquanto população, é visto em seu significado estatístico. O povo, sem ter personalidade jurídica, tem poder jurídico, posto, posto que titular de soberania (Artigo 1º, parágrafo único)”. Desta forma, no presente estudo, prefere-se a concepção de que povo é o real elemento do Estado, e não populace

3 JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2005, p. 180.

4 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 139.

maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção⁵.

Para o presente trabalho, não se faz necessário aprofundar-se nessas três concepções de Estado acima expostas (política, social e jurídica). Somente é importante entender os conceitos. Dessa forma, cite-se o que Canotilho entende a definição de Estado:

(...) o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica (a última para os modernos, porventura a penúltima para os pós-modernos) de um ordenamento jurídico geral cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: (1)- territorialidade, isto é, a existência de um território concebido como "espaço da soberania estadual; (2)-população, ou seja, a existência de um "povo" ou comunidade historicamente definida. (3)-(soberania) (...)⁶.

Percebe-se que o próprio doutrinador português afirma haver três elementos no Estado, quais sejam: povo, território e soberania. E é exatamente com esses elementos constitutivos que surge o conceito de Estado Moderno, conforme preceitua Darcy Azambuja:

O Estado Moderno é uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia, sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as outras organizações⁷.

Todavia, na discussão atual sobre a definição de Estado, não deve ser levado em consideração, tão somente, os interesses populacionais daquele território, mais entendê-lo num contexto bem mais ampliado em que a entidade estatal está imersa num mundo onde existem outros Estados, e que para a convivência

5 DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT, 2007, p. 43.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 14.

7 AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1963, p. 6.

pacífica de todos os contingentes populacionais e para sua sobrevivência, se faz necessário harmonizar os interesses dos diferentes povos.

Fundamentando tal posição, Jorge Miranda expõe sua opinião da seguinte forma: “não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados a normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam)”⁸. Essa noção diluída das fronteiras dos Estados decorre muito do fenômeno da globalização. Sobre esse fenômeno, Mario Silveira Filho, em sua dissertação de Mestrado, afirma o seguinte:

A globalização deve ser entendida como um fenômeno complexo, de matiz filosófico, cultural e ideológico, que tem na economia a chave de sua compreensão e a área estratégica de sua projeção. Traduz-se, essencialmente, na criação de um mercado mundial unificado, graças ao desenvolvimento operado nos sistemas de transporte e nas tecnologias de informação que permite a livre circulação de todo tipo de bens, serviços capitais e tecnologia. O Neoliberalismo é considerado a sua grande matriz ideológica⁹.

Quando o doutrinador discorre que a globalização cria um “mercado mundial unificado”, denota-se a existência de fronteiras fluidas entre os Estados, em que a economia, o modo de vida e a ideologia, entre outros aspectos de uma entidade, atingem diretamente o outro. Sobre a redefinição que o fenômeno da globalização imputa ao Estado-nação, Octavio Ianni, citado pelo autor acima, discorre:

O Estado-nação não só é redefinido, mas perde algumas das suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, debilitando-se. Aos poucos, algumas dessas prerrogativas aparecem nas decisões e atividades de empresas multinacionais e organizações multilaterais. O que era tradicional e reconhecidamente localizado em países, ou capitais, desterritorializa-se. Mesmo capitais de países poderosos parecem perder funções, esvaziar-se¹⁰.

8 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

9 SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. **A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro**. Ribeirão Preto: 2009, p. 50.

10 SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. **A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro**. Ribeirão Preto: 2009, p. 52

Atualmente, com a globalização as fronteiras diminuíram de forma que incube aos estados não apenas pensar nos interesses internos, mas também, obedecer a normas de caráter externo. A respeito desse assunto Vladimir Oliveira da Silveira¹¹, dispõe assim:

O próprio Estado se transformou por conta das mudanças sociais, culturais, políticas etc., em decorrência da globalização – e neste novo contexto deverão os Estados abrir-se para o direito internacional, estabelecendo uma grande avenida de mão dupla em que os direitos humanos se constitucionalizem ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais se internacionalizem. Com a transformação dos Estados-Nação em Estados Constitucionais Cooperativos, o ente estatal passa a ter obrigações nas relações internacionais, dentre elas a da cooperação internacional, a da prevalência dos direitos humanos e a do respeito pela autodeterminação dos povos.

Percebe-se que o autor apresenta a expressão Estado Constitucional Cooperativo, conceito cunhado por Peter Häberle, que nas palavras de Gilmar Mendes¹²:

(...) estaria inserido em uma comunidade universal de Estados constitucionais, ou seja, em um contexto em que os Estados constitucionais não existem mais para si mesmos, mas sim, como referências para os outros Estados constitucionais membros de uma comunidade.

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo é um Estado arraigado ao Direito Internacional, em que as pessoas não estão apenas preocupadas com os interesses populacionais internos, mas também, nos anseios de outras comunidades. É, portanto, um conceito multidisciplinar, vinculado ao Direito internacional e a Filosofia Política, vez que, preconiza uma nova dimensão do Estado. Veja-se o excerto abaixo de Albuquerque¹³:

11 SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizacao-e-cidadania>>. Acesso em: 18 maio 2016.

12 MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

13 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **O Direito Constitucional Internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade**. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga;

A constatação de que o mundo ainda padece de muitas injustiças, de assimetrias profundas entre as distintas comunidades regionais e da sobrevivência de regimes avessos ao respeito aos mais comezinhos princípios do Direito Internacional tem fomentado a construção de arcabouços e normativos no âmbito do sistema internacional, dotando-lhe de mecanismos jurídicos fiscalizatórios e eventualmente sancionatórios das ações governamentais e privadas de violação aos direitos humanos.

Dispõe Marcus Maliska¹⁴, de acordo com as lições de Peter Häberle, que: “O Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado Nacional, mas ele agrega a essa estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania nacional”.

Desse modo, o Estado Constitucional Cooperativo nada mais é do que o conceito de Estado Moderno, com um elemento a mais, qual seja, a cooperação e integração dos Estados, visando a um bem comum. É a tentativa de comunhão de interesses distintos, para a coexistência pacífica dos diferentes povos.

2. O Tribunal Penal Internacional e o Estado Constitucional Cooperativo

A globalização diluiu as fronteiras existentes entre os Estados, fazendo surgir a necessidade de cooperação e integração entre os entes estatais, o denominado Estado Constitucional Cooperativo. Assim, na maioria das vezes, são as organizações internacionais que promovem o diálogo entre o direito interno do país e o estrangeiro. Segundo Vladimir Oliveira da Silveira¹⁵, pode-se dizer que:

CARMO, Valter Moura do (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Vol. 1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 363.

14 MALISKA, Marcos Augustos. *A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo*. Artigo publicado no XV Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015, p. 7020.

15 SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. *Cidadania e Direitos Humanos*. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizacao-e-cidadania>>. Acesso em: 18 maio 2016.

As organizações internacionais surgem no contexto imediatamente posterior a Guerra da Criméia, inicialmente eram experiências de proteção humanitária que se limitavam as conferências anuais e a produzir documentos com eficácia quase nula.

Todavia, com o desenvolvimento da noção de cooperação entre os Estados, as organizações internacionais passaram a ser sujeitos de direito internacional público, sendo reconhecidas até mesmo pelos Estados-Nação na II Conferência de Viena sobre o direito dos tratados internacionais, adotada em 22 de maio de 1969, que passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, em 27 de janeiro de 1980, sendo um dos principais documentos internacionais que confere personalidade de direito internacional público às organizações internacionais relacionadas a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Esse diploma normativo estrangeiro estabeleceu a orientação da solidariedade entre os Estados, permitindo a fundamentação do poder e proteção de novos agentes.

Um dos principais organismos internacionais de promoção do chamado Estado Constitucional Cooperativo é o Tribunal Penal Internacional (TPI), também conhecido como Corte Penal Internacional. Esse é o único órgão jurisdicional internacional permanente, criado em 2002, situado na cidade de Haia, nos Países Baixos. O TPI foi criado pelo Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, e ratificado em 20 de junho de 2002. Foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 6 de junho de 2002, através do Decreto Legislativo 112 e promulgado em 25 de setembro de 2002 pelo Decreto 4.338. Observe-se a citação abaixo de Lewandowski¹⁶:

O TRATADO DE ROMA, que prevê a criação do Tribunal Penal Internacional vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovado em 17 de julho de 1998 por uma maioria de 120 votos a favor, 7 em contrário (da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. No dia 11 de abril de 2002, o Tratado alcançou 66 ratificações, ultrapassando o número de adesões exigido para sua entrada em vigor. O Brasil assinou o pacto em 12 de fevereiro de 2000,

16 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Aug. 2002, p. 187. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 maio 2016.

ratificando-o em 12 de junho de 2002, depois de aprovado pelo Congresso Nacional, tornando-se o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI.

Tal Tratado Internacional (Estatuto de Roma) possui 128 artigos, conforme descrito abaixo. Saliente-se que o objetivo deste tópico é tão somente demonstrar a relação existente entre o TPI e o Estado Constitucional Cooperativo, razão pela qual não serão discutidas sobre todos os aspectos da norma de direito estrangeiro:

Posteriormente a internalização do TPI no ordenamento jurídico Brasileiro pelo Decreto Legislativo acima aludido, o Poder Constituinte Originário, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004¹⁷, submeteu o Brasil à jurisdição desse órgão internacional nos seguintes termos: “Artigo 5º, § 4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”¹⁸. Sendo assim, pode-se dizer que o TPI é “uma instituição permanente estabelecida por um tratado, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”¹⁹. Tal órgão jurisdicional, nos termos do seu Artigo 5º, § 1º²⁰, dispõe que tem competência para julgar os crimes de gravidade internacional, nos seguintes termos:

Artigo 5º, §1o A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes:

- a) o crime de genocídio;
- b) os crimes contra a humanidade;
- c) os crimes de guerra;
- d) o crime de agressão.

17 Antes do advento da Emenda Constitucional 45/04, houve muita celeuma doutrinária acerca da contitucionalidade ou não da inserção do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro. Como tal discussão foi sanada pelo Poder Constituinte Originário com aquele ato normativo, acredita-se que não se faz relevante apresentar as posições contrárias à ratificação neste trabalho.

18 BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

19 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal – Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 238.

20 BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

Percebe-se, assim, que a submissão de alguém ao pleito jurisdicional do TPI ocorre apenas em crimes graves que preocupam a comunidade internacional. Para se ter uma ideia do que esta característica significa, pode-se dizer que o Estatuto de Roma conceituou, em seu Artigo 6º, o crime de genocídio, como “qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; (...)”.

O Tribunal Penal Internacional – TPI é um exemplo de manifestação do Estado Constitucional Cooperativo porque exerce uma jurisdição complementar aos Estados signatários do Estatuto de Roma. Isso significa que, ao aderir o/esse Tratado de Direito Internacional, os estados não abdicam de parte de sua soberania, no caso, o Poder Jurisdicional, mas tão somente a exercem de maneira compartilhada. A soberania compartilhada, então, é mais um exemplo de cooperação entre os Estados, caracterizando, no caso do TPI, como a união de esforços das entidades estatais, de maneira consistente na prevenção e repressão de delitos graves contra a humanidade. Vladimir Oliveira da Silveira²¹, sobre soberania compartilhada, dispõe da seguinte forma:

Na soberania compartilhada, os Estados não renunciam a sua soberania, mas tão-somente passam a exercê-la de forma compartilhada com os outros Estados, naquelas matérias expressamente previstas nos tratados e no jus cogens internacionais. Esta limitação, que é uma característica da soberania compartilhada e é assegurada pelo chamado princípio da subsidiariedade. Não há perda da soberania, pois soberania não é algo que se possa ter em maior ou menor grau: se é Estado, logo é soberano. A soberania é uma condição do Estado. O que se propõe é o compartilhamento da soberania, com aumento e diminuição de competências.

Nota-se que o Tribunal Penal Internacional – TPI como manifestação do Estado Constitucional Cooperativo, em momento algum agride a soberania de qualquer Estado. Muito pelo contrário, com a submissão dos países signatários do Estatuto de Roma à jurisdição internacional, ocorre uma maior fluidez de atos tendentes a cooperar com a coexistência pacífica entre os indivíduos.

21 SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizao-e-cidadania>>. Acesso em: 18 maio 2016.

Inclusive, é o princípio da subsidiariedade ou complementariedade que permite o exercício da soberania compartilhada. Este princípio está, inclusive, disposto no Artigo 1º do Estatuto de Roma, o qual preceitua que “(...) O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, (...), e será complementar às jurisdições penais nacionais (...)” (grifo nosso).

O próprio preâmbulo do Estatuto de Roma já deixa claro o princípio da complementariedade, no intuito de não haver interferência indevida no sistema jurídico do país signatário, conforme explana o excerto a seguir: “(...) Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais” (grifo nosso).

A finalidade do princípio da complementariedade é assegurar que o TPI possa desempenhar seu papel, sem interferência indevida, na soberania (já que a jurisdição é uma forma de exercício da soberania estatal). Aliás, o próprio Estatuto de Roma, em seu Artigo 17, elenca requisitos de admissibilidade processual para que determinado indivíduo possa, nele, ser julgado.

Dessa forma, percebe-se que o Tribunal Penal Internacional - TPI é uma das manifestações do Estado Constitucional Cooperativo, que, por momento algum, tenta sobrepujar a soberania das entidades estatais, mas tão somente corroborar para a chama da soberania compartilhada.

Conclusão

Pelos aspectos apresentados, percebe-se que, atualmente, frente à globalização e a celeridade das alterações sociais, é insuficiente o conceito de Estado, pautado somente nos elementos: povo, território e soberania, conforme definição que vem sendo estudada, desde o século XVI. Mesmo a definição de Estado Moderno, ao qual se acrescentam determinados objetivos a esses requisitos do ente estatal, muito por conta do seu caráter individualista, deve ser superada, para o bem da coexistência pacífica entre os indivíduos de outros Estados.

A globalização aproximou os países, aumentando, consideravelmente, a interdependência entre os Estados; ou seja, fatos que ocorrem em uma determinada região podem afetar outra nação que esteja diametralmente oposta, no plano geográfico, a ela. Assim, com essa diluição fronteiriça dos

Estados, surge a necessidade de uma nova proposta de conceito de Estado, uma que abranja a cooperação, integração e solidariedade entre as entidades estatais destinadas a uma coexistência pacífica. Isso porque os indivíduos passaram a entender que não estão sozinhos no mundo e que heterogeneidade de interesses deve ser, ao máximo, compatibilizada, para a maior possibilidade de perpetuação da espécie humana.

Desse modo, surge o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, o qual exige dos organismos estatais a comunhão de interesses entre si. Para ajudar nessa mútua colaboração, o Direito Internacional imprime maior força e personalidade organismos internacionais, como: ONU, OEA e TPI.

O Estado Constitucional Cooperativo é a união de esforços entre os Estados, visando o bem comum de toda a humanidade. Tal denominação foi cunhada pelo jurista alemão Peter Häberle, e seu estudo sobre o assunto foi trazido ao Brasil por importantes autoridades, como Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro do STF. A existência desse modelo de Estado não viola a soberania estatal, pois ela admite a chamada soberania compartilhada, que é exatamente o exercício dos poderes estatais, por parte dos países, pautado no bem comum de todas as nações e não apenas nos interesses dos indivíduos que compõem o território daquele respectivo Estado.

O Estado brasileiro, de acordo com a jurisprudência do STF, desde 1977, vem admitindo a existência do Estado Constitucional Cooperativo. Exemplo disso são suas constantes decisões, trazendo a paridade entre legislações do direito interno e os Tratados e Convenções de caráter internacional.

Um dos principais organismos internacionais que ganhou força e personalidade com o Direito Internacional foi o Tribunal Penal Internacional - TPI, criado pelo Estatuto de Roma, com sede em Haia, sendo o único órgão de jurisdição internacional permanente. Esse órgão julga crimes elencados por seu diploma normativo criador, os quais representam alta gravidade aos interesses mundiais, sendo, sem dúvida, uma manifestação de cooperação e integração dos países signatários do Estatuto de Roma, representando uma atuação do chamado Estado Constitucional Cooperativo.

Saliente-se também, que o TPI é norteado pelo princípio da complementariedade ou da subsidiariedade, o que mais uma vez corrobora para ele ser uma das manifestações desse tipo de Estado. Apesar de alguns dispositivos do Estatuto de Roma parecer colidir com normas do Poder Constituinte brasileiro, a doutrina se inclina nesse sentido, muito embora

ainda haja divergência, com a compatibilização entre esses dois instrumentos: o Tratado Internacional e a Constituição Federal de 1988.

Exemplos dessa antinomia são: a possibilidade de prisão perpétua, a extradição do brasileiro nato e a imprescritibilidade dos delitos previstos no Estatuto de Roma. Isso porque a CF/88 brasileira veda penas de caráter perpétuo, salvo o do racismo e das ações de grupos armados civis ou militares contra o Estado Democrático de Direito e a Ordem Constitucional.

Chega-se a conclusão, que a conjuntura social, atual, traz a necessidade de superação do conceito de Estado Moderno para Estado Constitucional Cooperativo. A globalização, por ter diluído a fronteira dos Estados e a necessidade de coexistência pacífica para a perpetuação da raça humana, entre outros fatores, foram os desencadeadores desse novo conceito assim, como o Tribunal Penal Internacional, muito por conta do princípio da complementariedade, que não viola a soberania dos Estados, sendo uma manifestação desse modelo de Estado.

Referências

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O Direito Constitucional Internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; CARMO, Valter Moura do (Org). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol 1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 351-372.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1963.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. **Decreto Legislativo 4.388**. Brasília: Senado Federal, 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343.703**. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 3/12/2008. Disponível na Internet no site <www.stf.gov.br>. Acesso em 18 maio 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT, 2007.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal – Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Aug. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 maio 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional**. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Artigo publicado no XV Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_agusto_maliska.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. **A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro**. Ribeirão Preto: 2009.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizao-e-cidadania>>. Acesso em: 18 maio 2016.

Esta edição especial condecora o chanceler Airton Queiroz (*in memoriam*). A magnificência do seu empreendedorismo à frente da administração da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) formou uma verdadeira “Família Unifor”. Sua sensibilidade tornou o *campus* universitário um lugar de ambiência acadêmica natural, cultural e artificial, possibilitando “Aprender com a Arte e com a Natureza”.

Compartilho algumas emoções que este momento tem-me provocado. A formação profissional (graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado) que recebi do doutor Airton Queiroz levou-me a fazer escolhas e a encontrar o caminho que definiu o que sou. O rio da minha vida tem passado por belíssimas margens e paisagens que não apenas o meu currículo pode descrever, mas o meu ser. Não há obstáculos intransponíveis diante da determinação, da vontade e da sabedoria de selar o destino quando a oportunidade bate à porta. Pensar e executar o projeto acadêmico “*Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*” representa meu orgulho de corresponder à amizade e confiança que dele recebi.

Um sentimento resume este momento: a gratidão. Encerro minhas palavras parafraseando trecho do soneto *Do Amigo*, de Vinícius de Moraes: “O amigo: um ser que a vida não explica. Que só se vai ao ver outro nascer. E o espelho de minha alma multiplica”.

Bleine Queiroz Caúla

Professora da Universidade de Fortaleza

Realização



Visite nossa loja virtual: www.lumenjuris.com.br

ISBN 978-85-519-0521-0



9 788551 905210 >