



Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

VOLUME

**13**

TEMA:

**DESENVOLVIMENTO  
SOCIOAMBIENTAL  
E ECONÔMICO**

### Editores

João Luiz da Silva Almeida

### Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes	Gisele Cittadino	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gustavo Noronha de Ávila	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Pinto Chaves
Ana Alice De Carli	Jean Carlos Dias	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Fernandes	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	João Marcelo de Lima Assafim	Maria Celeste Simões Marques
Daniele Maghelly Menezes Moreira	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Murilo Siqueira Comério
Diego Araujo Campos	José Emílio Medaur	Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Enzo Bello	José Ricardo Ferreira Cunha	Ricardo Lodi Ribeiro
Firly Nascimento Filho	José Rubens Morato Leite	Roberto C. Vale Ferreira
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Salah Hassan Khaled Jr.
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Sérgio André Rocha
Frederico Price Grechi	Lúcio Antônio Chamon Junior	Simone Alvarez Lima
Geraldo L. M. Prado	Luigi Bonizzato	Valter Moura do Carmos
Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luis Carlos Alcoforado	Vicente Paulo Barreto
		Vinicius Borges Fortes

### Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)  
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

### Filiais

Sede: Rio de Janeiro  
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala  
301 – CEP: 22795-415 – Recreio dos  
Bandeirantes – Rio de Janeiro – 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



Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional



TEMA:

# **DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL E ECONÔMICO:**

O DIÁLOGO PARA UM  
PLANETA EM CRISE

---

**Coordenadores**

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Marta Chantal Ribeiro

**Organizadoras**

Beatriz Souza Costa

Bleine Queiroz Caúla

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2020

Copyright © 2020 by Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rosane Abel

Revisão ortográfica: Mônica Zappalenti  
Revisão ABNT: Bleine Queiroz Caúla

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

---

D536d

Diálogo ambiental, constitucional e internacional, volume 13 : desen-  
volvimento socioambiental e econômico : o diálogo para um planeta em  
crise / Beatriz Souza Costa, Bleine Queiroz Caúla (organizadores) ; Jorge  
Miranda, Carla Amado Gomes, Marta Chantal Ribeiro (coordenadores).  
– Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.

556 p. ; 23 cm. – (Série Diálogo Ambiental, Constitucional e Interna-  
cional ; 13).

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-1719-0

1. Direito internacional. 2. Direito constitucional. 3. Direito ambiental.  
4. Direitos fundamentais. 5. Direitos humanos. 6. Direito penal. I. Costa,  
Beatriz Souza. II. Caúla, Bleine Queiroz. III. Miranda, Jorge. IV. Gomes,  
Carla Amado. V. Ribeiro, Marta Chantal. VI. Título. VII. Série.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

# Comissão Científica

- Alexandre Sousa Pinheiro – ASP Formação e Consultoria  
Ângela Issa Haonat – UFT  
Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza  
Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza  
Anna Ciammariconi – Università Degli Studi di Teramo  
André Leite – Universidade de Vilnius  
Beatriz Souza Costa – ESDHC  
Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza  
Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa  
César Barros Leal – UFC  
Claudia do Amaral Furquim – IDEM  
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University  
Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza  
Délton Winter de Carvalho – UNISINOS  
Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University  
Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid  
Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE  
Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC  
Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR  
João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa  
Jorge Miranda – Universidade de Lisboa  
Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza  
Leonel Severo Rocha – UNISINOS  
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza  
Orides Mezzaroba – UFSC  
Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza  
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 Associada 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). Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007-2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998/1999). Lecciona cursos de

Mestrado e Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em acções de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**Marta Chantal Ribeiro**

(2011) Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (por unanimidade e com distinção). A dissertação de doutoramento versa a temática da protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas - perspectivas nacional, europeia e internacional. (1995). Mestre (Curso de Integração Europeia / 1990-1995) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É, desde 1999, docente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Direito Internacional Público, Direito da União Europeia, História do Direito Português). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7937-988X>.



# Organizadoras

## **Beatriz Souza Costa**

Mestre e Doutora pela UFMG em Direito Constitucional; professora no Curso de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pró-Reitora de Pesquisa da ESDHC (Belo Horizonte). E-mail: biaambiental@yahoo.com.br.

## **Bleine Queiroz Caúla**

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; 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. ORCID Id <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.



# **Autores**

Adriana Freitas Antunes Camatta  
Ana Carolina Santos Leal da Rocha  
Ana Laura Rocha Cabral  
Ana Paula Araújo de Holanda  
Bleine Queiroz Caúla  
Bruno Barbosa de Oliveira  
Camila Cristina de Souza Rossi  
Caio Aragão Mesquita Xerez  
Dalvaney Aparecida de Araújo  
Dayane Nayara da Silva Alves  
Deilton Ribeiro Brasil  
Dinalva Donizete Ribeiro  
Émilien Vilas Boas Reis  
Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade  
Erick de Sarrriune Cysne  
Fabrício Veiga Costa  
Fernanda Chaveiro da Silva  
Fernando Barotti dos Santos  
Fernando Marques Khaddour  
Francis de Almeida Araújo Lisboa  
Gisele Alves Bonatti  
Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira  
Hortencia Silva Aires Leal  
Igor Jotha Soares  
João Lucas Costa de Miranda  
José Adércio Leite Sampaio

José Victor Ibiapina Cunha Moraes  
Júlia Maia de Meneses  
Júlio César de Souza  
Layla Maria Fabel Gontijo  
Leonardo Cordeiro de Gusmão  
Leonardo Nemer Caldeira Brant  
Leonardo Paiva de Mesquita  
Lethicia Pinheiro Machado  
Lorena Machado Rogedo Bastianetto  
Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza  
Magno Federici Gomes  
Manuela Hortêncio Batista  
Marcelo Dias Ponte  
Margareth Thatcher Castelo Branco Moreira  
Mateus Rodrigues Lins  
Nathasha Bianca Macêdo  
Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso  
Patrick Juliano Casagrande Trindade  
Samuel Fernandes Dos Santos  
Sidney Soares Filho  
Stela Carvalho Almeida  
Thaís Aldred Lasbik  
Tatiana Façanha Borges  
Vanessa Batista Oliveira  
Zaneir Gonçalves Teixeira

Quanto Vale tantas Torres Eiffel  
Diante do choro, da perda, da morte?  
Níquel, cobre, mercúrio, chumbo  
Provavelmente esqueci algum elemento  
O rio que era doce, está a própria sorte  
Quanto Vale o Desenvolvimento  
Diante do lamaçal rejeitado de pardo fel?  
Se tudo que vejo é falso Envolvimento  
De um poder voraz jogando o bem-estar no limbo  
Ou seria ao léu?  
Tantas perguntas rio abaixo  
De inúmeras dúvidas sucumbo  
As indagações Gerais de Mariana aqui deixo,  
Não a São Mateus, São João, Lucas ou Bento  
Mas a São Marcos, e aí, quanto Vale?  
Segundo a Vale, a quantidade de ferro garimpado por ela construiria 375  
mil Torres Eiffel.

**Layana Araújo**

Acadêmica de Direito – Universidade de Fortaleza

Poema escrito em abril de 2019.



# Sumário

**Prefácio** ..... XIX

**Apresentação** ..... XXI

## AMBIENTAL

**A dimensão ecológica dos Direitos Humanos** ..... 3

*Bruno Barbosa de Oliveira*

*Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira*

*Deilton Ribeiro Brasil*

**Redefinição do conceito de cidadania ambiental na ordem jurídica brasileira à luz do direito internacional** ..... 21

*Dalvaney Aparecida de Araújo*

*Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade*

*Patrick Juliano Casagrande Trindade*

**Responsabilidade do administrador de órgão público por descumprimento de tutelas específicas de obrigações na esfera ambiental** ..... 39

*Fernando Marques Khaddour*

*Magno Federici Gomes*

**A análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito humano fundamental: mitigação da soberania dos Estados pela introjeção do princípio da cooperação sob o prisma de uma fraternidade universal** ..... 67

*Adriana Freitas Antunes Camatta*

*Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza*

**A função social da propriedade rural como meio para o desenvolvimento sustentável** ..... 89

*Fernanda Chaveiro da Silva*

*Dinalva Donizete Ribeiro*

**O licenciamento ambiental à luz dos princípios constitucionais da prevenção e do desenvolvimento sustentável e sua efetividade enquanto instrumento de preservação do meio ambiente ..... 115**

*Júlio César de Souza*

*Igor Jotha Soares*

**Análise sobre a (in)disponibilidade do bem ambiental seus efeitos sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado..... 133**

*José Adércio Leite Sampaio*

*Camila Cristina de Souza Rossi*

**ICMS ecológico nos municípios do Rio de Janeiro e Fortaleza: uma promoção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..... 157**

*Dayane Nayara da Silva Alves*

*Hortencia Silva Aires Leal*

*Nathasha Bianca Macêdo*

**O direito penal ambiental: análise da aplicação do princípio da precaução nos delitos de perigo abstrato ..... 181**

*Gisele Alves Bonatti*

## CONSTITUCIONAL

**A condução coercitiva como violação ao direito ao silêncio: estudo de caso sobre a operação lava jato ..... 203**

*Bleine Queiroz Caúla*

*José Victor Ibiapina Cunha Moraes*

*Sidney Soares Filho*

**Transexualidade e o direito a identidade sexual diversa: a lacuna legislativa sobre adequação do registro civil no Brasil ..... 221**

*Ana Paula Araújo de Holanda*

*Ana Laura Rocha Cabral*

**As mutações constitucionais e inconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro ..... 243**

*Margareth Thatcher Castelo Branco Moreira*

*Erick de Sarriune Cysne*



<b>O controle jurisdicional como instrumento de concretude do Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>265</b>
<i>Bruno Barbosa de Oliveira</i>	
<i>Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira</i>	
<i>Deilton Ribeiro Brasil</i>	
<b>A discricionariedade das decisões judiciais no Brasil na contramão dos pensamentos dworkinianos: com ênfase em matéria ambiental .....</b>	<b>285</b>
<i>Fernando Marques Khaddour</i>	
<i>Magno Federici Gomes</i>	
<b>Os Direitos Humanos Fundamentais da Mulher e as perspectivas de direitos do embrião.....</b>	<b>307</b>
<i>Dalvaney Aparecida de Araújo</i>	
<i>Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade</i>	
<i>Fabrcio Veiga Costa</i>	
<b>O princípio da precaução e a “pílula do câncer”: uma análise interpretativa .....</b>	<b>327</b>
<i>Leonardo Paiva de Mesquita</i>	
<i>Lorena Machado Rogedo Bastianetto</i>	
<b>O papel das inovações tecnológicas na construção de um Brasil solidário .....</b>	<b>345</b>
<i>Leonardo Cordeiro de Gusmão</i>	
<i>Fernando Barotti dos Santos</i>	
<i>Émilien Vilas Boas Reis</i>	
<b>A participação popular no licenciamento ambiental: a busca da efetivação do desenvolvimento sustentável.....</b>	<b>365</b>
<i>Francis de Almeida Araújo Lisboa</i>	
<i>Thaís Aldred Lasbik</i>	
<b>Licitações sustentáveis: a gestão pública das finanças estatais orientada ao desenvolvimento econômico sustentável .....</b>	<b>387</b>
<i>Igor Jotha Soares</i>	
<i>Júlio César de Souza</i>	

**A PEC 67 de 2016 sob a ótica da discussão entre a vontade de poder e de Constituição** ..... 407  
*Bleine Queiroz Caúla*  
*Caio Aragão Mesquita Xerez*  
*Marcelo Dias Ponte*

**INTERNACIONAL**

**A garantia do direito à educação nas intervenções humanitárias como um meio viabilizador dos Direitos Humanos em contextos de emergência** ..... 425  
*Fabrcício Veiga Costa*  
*Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso*

**A EIRELI titularizada por pessoa jurídica e a sociedade unipessoal no Brasil: comparação com o direito lusitano** ..... 441  
*Stela Carvalho Almeida*  
*João Lucas Costa de Miranda*  
*Layla Maria Fabel Gontijo*

**O empoderamento feminino nas questões filosófico-políticas com base no filme da Mulher-Maravilha**..... 459  
*Júlia Maia de Meneses*  
*Manuela Hortêncio Batista*  
*Zaneir Gonçalves Teixeira*

**Refugiados ambientais: uma análise crítica do conceito “refugiado”** ..... 479  
*Ana Carolina Santos Leal da Rocha*  
*Leonardo Nemer Caldeira Brant*

**Um estudo acerca das controvérsias e medidas de combate ao *dumping social* no contexto internacional**..... 495  
*Mateus Rodrigues Lins*  
*Lethicia Pinheiro Machado*  
*Vanessa Batista Oliveira*

**Universidade Gallaudet: a Educação Superior para a pessoa surda**..... 513  
*Tatiana Façanha Borges*  
*Dayane Nayara da Silva Alves*

## Prefácio

O *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* constitui um momento renovado de encontro de estudiosos das matérias de Direito Público em torno destes três pólos da Ciência Jurídica. Para além de acolher palestras de professores, advogados e magistrados com créditos firmados, o *Diálogo* abre as portas a novos talentos do Direito, franqueando um espaço de apresentação de propostas por parte de jovens juristas.

Neste volume reúnem-se papers apresentados por esses jovens talentos nas edições do *Diálogo* que decorreram no segundo semestre de 2018, no Brasil, em Belo Horizonte (Faculdade de Direito da Universidade D. Helder Câmara) e em Portugal, no Porto (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). A quantidade de trabalhos apresentados, nas três áreas suportadas pelo programa de investigação proposto pelo *Diálogo*, atesta bem o entusiasmo que este evento granjeia junto do público mais jovem e o incentivo que ele constitui para a promoção de uma investigação de qualidade.

Foram seleccionados 9 papers no domínio do Direito Ambiental; 11 no domínio do Direito Constitucional; e 6 no domínio do Direito Intenacional. Os temas são variados e ilustram o interesse que as matérias despertam, os problemas que colocam e os desafios que postulam aos intérpretes e aplicadores do Direito.

Enquanto co-Coordenadora Científica do evento, só me posso congratular com o efeito multiplicador que o *Diálogo* vem gerando ao longo dos anos. Para este sucesso muito contribuem as instituições que conosco colaboram, abrindo as suas portas, disponibilizando as suas instalações e proporcionando sempre caloroso acolhimento. Nesta edição, merecem palavras de agradecimento as Professoras Beatriz Costa (D. Helder Câmara), Marta Chantal Ribeiro e Anabela Costa Leão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). Uma última palavra de agradecimento é sempre devida à *alma mater* do *Diálogo*, Professora Doutora Bleine Queiroz Caúla, pelo trabalho incansável que desenvolve para que o êxito desta iniciativa seja cada vez maior.

Lisboa, Outubro de 2019

*Carla Amado Gomes*



# Apresentação

O Seminário Internacional *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* tem seu berço na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), desde o ano de 2012.

No ano de 2017 foi acolhido pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e pela Universidade do Porto (UP). Rendemos nossos agradecimentos as professoras Beatriz Costa, Marta Chantal Ribeiro e Anabela Costa Leão, pela impecável organização.

O projeto acadêmico Diálogo ACI renova o compromisso científico, a promoção da iniciação à pesquisa e a qualidade metodológica dos artigos publicados.

O Volume 13 compila os artigos submetidos e aprovados para apresentação na XI Edição – Tema Desenvolvimento Socioambiental e Econômico: o diálogo para um Planeta em crise, realizada, nos meses de setembro e novembro de 2017, na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (UP).

A Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE) da Universidade do Porto, têm relevante contribuição para a continuidade do evento que completou quinze edições, percorrendo cidades brasileiras como Fortaleza, Brasília, Belém, Belo Horizonte, Palmas, Marília e Rio de Janeiro; e estrangeiras Quito (Equador), Lisboa, Porto e Braga (Portugal), Tarragona, Santiago de Compostela, Sevilla (Espanha), Teramo (Itália).

A publicação impressa pela Editora *Lumen Juris* recebe o apoio da CAPES, e posteriormente em e-Book internacional pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Boa leitura!

Fortaleza-CE, 23 de dezembro de 2019.

Bleine Queiroz Caúla  
Coordenadora Geral





Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

**AMBIENTAL**





# **A dimensão ecológica dos Direitos Humanos**

The ecological dimension of human rights

## **Bruno Barbosa de Oliveira**

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Servidor Público. E-mail: [brunobarbosaufv@gmail.com](mailto:brunobarbosaufv@gmail.com)

## **Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira**

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.  
Professor do Instituto Politécnico do Cávado e Ave, Portugal. E-mail: [gsopasdemelobandeira@gmail.com](mailto:gsopasdemelobandeira@gmail.com)

## **Deilton Ribeiro Brasil**

Pós-doutor em Direito junto à Università degli Studi di Messina, Itália.  
Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.  
E-mail: [deilton.ribeiro@terra.com.br](mailto:deilton.ribeiro@terra.com.br)

**Resumo:** O presente artigo destina-se a abordar a dimensão ecológica dos direitos humanos na sociedade de risco, sob a perspectiva havida no direito ambiental nos âmbitos constitucional e infraconstitucional. Para tanto, foram tecidas considerações sobre os direitos humanos e suas particularidades juntamente com a proteção legal do meio ambiente e explicações acerca da magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui como componente ético e moral que visa a traduzir de forma eficiente a relação existente entre os conceitos apresentados que integram o conteúdo da referida pesquisa. Na elaboração do artigo utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica e procedimento metodológico indutivo.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Direito Ambiental; Dimensionalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Sociedade de risco.

**Abstract:** The present paper aims to address the ecological dimension of human rights in the risk society, from the perspective of environmental law at the constitutional and infraconstitutional levels. In order to achieve this, human rights considerations and their particularities have been taken together with the legal protection of the environment and explanations about the magnitude of the principle of the dignity of the human person, which is an ethical and moral component. Efficient, the relationship between the presented concepts that integrate the content of said research. In the elaboration of the article we used theoretical-bibliographic research and methodological inductive procedure.

**Keywords:** Human Rights; Environmental Law; Dimensionality; Dignity of human person; Risk society.

## **Introdução**

O presente artigo procura enfatizar o estudo da dimensão ecológica dos direitos humanos, suas incidências e efetivações, assim como as implicações concernentes ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe evidenciar que os direitos humanos, no Brasil, foram de fato incorporados, com a edição da Constituição Brasileira de 1988, ao vislumbrar, em seu texto, noções relativas à proteção dos direitos fundamentais.

Notadamente, os direitos fundamentais, como os direitos humanos, refletem um arcabouço histórico e cultural, reforçados em seus regramentos.

Os direitos humanos, com suas normas, convenções e princípios, revelam fundamentos que devem ser inseridos nos ordenamentos dos Estados. Essas manifestações existem para a proteção do homem, o que vincula o direito ambiental como categoria emanada dessa vertente de direitos.

Considerando que o direito ambiental visa sistematizar as normas e princípios que regem a relação dos seres vivos com o meio ambiente, importante enfatizar que o seu ordenamento depende das necessidades do homem. As necessidades humanas são o combustível para a permanência e atuação desse ramo do direito. Isso pode ser comprovado por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê garantias e consagra os direitos e princípios ambientais pátrios no artigo 225, assim como a Lei nº 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais) e de outros instrumentos legais.

O Direito Ambiental, na classificação dos direitos humanos, dispõe que o meio ambiente pertence à terceira geração de direitos, que são aqueles que traduzem o princípio da fraternidade. Nesse aspecto e sob uma ótica de abrangência, os direitos ambientais afirmam os direitos humanos, dado o vínculo de sua proteção conferida à coletividade.

O enfoque direcionado à dignidade demonstra-se como sendo um ideal de respeito que deve nortear o comportamento humano em relação a qualquer forma de vida. Vislumbra-se também que a noção de dignidade humana é necessária para reconhecer a dimensão ecológica em que o mundo se insere, com todas as suas mazelas, despertando no homem a consciência necessária para a preservação do meio ambiente.

Para o tema em questão adotou-se a pesquisa teórico-bibliográfica, quando se trata da descrição direta e indireta de bibliografias relacionadas à temática caracterizada, associada ao desenvolvimento do assunto tratado. O procedimento metodológico é indutivo, tendo em conta que o pesquisador parte de uma tônica específica para uma concepção geral, aprimorada durante a realização da pesquisa.

Em relação ao procedimento técnico utilizado, enfoca-se uma análise temática, dado o conteúdo exposto que necessita de ser contextualizado ao longo da execução do trabalho científico. Aborda-se também uma análise

crítica, uma vez que os apontamentos sugeridos e as propostas desenvolvidas traduzem a percepção científica implementada.

## 1 Discussão

### 1.1 Dos direitos humanos

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Constituição Federal de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos nunca antes adotados no Brasil<sup>1</sup>.

A efetivação do Estado democrático de direito, surgida a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, incorpora a implementação dos direitos humanos no Brasil, traduzidos pelos direitos fundamentais nela esboçados, os quais representam parâmetros a serem cumpridos por toda a sociedade.

A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito<sup>2</sup>.

No caso brasileiro, as relevantes transformações internas tiveram acentuada repercussão no plano internacional. Vale dizer, o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda do País. Por sua vez, as repercussões decorrentes

---

1 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

2 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

dessa nova agenda internacional provocaram mudanças no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro<sup>3</sup>.

No que se refere à proteção dos direitos das pessoas, tem-se que os “direitos humanos” (internacionais) são mais amplos que os chamados “direitos fundamentais” (internos). Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos humanos, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais modernos são exercitáveis por todas as pessoas, indistintamente<sup>4</sup>.

Tome-se como exemplo o direito de voto, que não pode ser exercido pelos conscritos durante o período de serviço militar, sem falar nos estrangeiros, em conformidade com o artigo 14, § 2º da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Ademais, os direitos humanos, diferentemente dos direitos fundamentais, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontre. Talvez por isso certa parte da doutrina tenha preferido o uso da expressão direitos humanos fundamentais com o intuito de significar a união material da proteção de matiz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional desses direitos<sup>6</sup>.

Nesse contexto, os direitos humanos procuram responder ao antigo desafio de como garantir os direitos individuais e sociais da cidadania unindo-os e petrificando-os nas legislações nacionais dos Estados, minimamente, e

---

3 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24. p. 24-25.

4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016, p. 28.

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05/10/1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 11 jan. 2018.

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016, p. 29.

oferecendo todos os direitos devidos aos seres humanos apenas porque são seres humanos<sup>7</sup>.

Da mesma forma, os direitos humanos possuem normas, convenções, princípios e conceitos elaborados nos tratados e resoluções internacionais com o desiderato comum de proteção do ser humano, do mesmo modo que na esfera processual, mecanismos dotados de base convencional e não convencional, que agem pela sistemática de petições, produção de documentos e perquirições produzidas por organismos internacionais na esfera global ou regional<sup>8</sup>.

É necessário um amadurecimento de consciência e ao mesmo tempo um estímulo para a busca de efetivação dos direitos humanos, pois se deve buscar o avanço dos regimes de proteção aos direitos humanos também por dentro dos Estados, conscientizando as autoridades nacionais e a sociedade civil organizada de seus direitos e deveres derivados de valores herdados do Iluminismo, do racionalismo, da tolerância e das grandes religiões monoteístas do mundo de modo a combater o obscurantismo derivado de nacionalismos exacerbados, xenofobias, terrorismos e relativismos culturais usados para não aplicar ou justificar as violações aos direitos humanos ao redor do mundo<sup>9</sup>.

A aplicação dos direitos humanos internamente e externamente depende de fatores inerentes às condições de cada Estado. Devem ser considerados fatores intrínsecos à cultura de cada Estado, assim como fatores políticos, econômicos, sociais e, essencialmente, ideológicos.

A expressão “direitos humanos” é normalmente utilizada para se referir aos valores e direitos consagrados em tratados internacionais. Por sua vez, a expressão “direitos fundamentais” é empregada para fazer menção ao mesmo conjunto de direitos, quando inseridos na Constituição Federal. Assim,

---

7 BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009. p. 40.

8 BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009. p. 45.

9 BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009. p. 56.

tecnicamente, não é correto falar sobre tratados de direitos fundamentais ou afirmar que os direitos humanos são assegurados pela constituição. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional, com certa frequência, confundem os dois termos<sup>10</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra e a *descoberta* do Holocausto pelo mundo ocidental, diversas foram as pressões para que tais fatos nunca mais se repetissem. A explosão da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki fez a humanidade perceber que o próprio homem poderia colocar um fim ao planeta. Tais fatos vão alterar substancialmente o imaginário humano e, por consequência, a disposição das nações para aceitar acordos<sup>11</sup>.

O fato é que, nos períodos de guerra, o ser humano tem um profundo abalo psicológico. Afinal, uma das noções básicas da humanidade é o respeito à vida. Na guerra, esse direito à vida é suprimido, havendo autorização expressa para matar. Não por acaso os grandes projetos de paz do mundo (entre eles o manifesto pela Paz Perpétua de Immanuel Kant) surgem na sequência de grandes conflitos. A Organização das Nações Unidas surge neste contexto de anseio pela paz. Seu objetivo principal é o de “preservar as gerações futuras do flagelo da guerra”. E sua forma de atuar foi, sobretudo, *declarar* os direitos que considerava fundamentais e que precisavam ser respeitados por todos os Estados<sup>12</sup>.

A adoção e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, durante realização de Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, na perspectiva de atingir todos os povos e nações, consagraram e elencaram os direitos humanos, a fim de que sejam promovidos e protegidos por todos os Estados.

A Declaração foi criticada como uma reiteração simples e supérflua da proibição da força nas relações internacionais. Ela teria tido algum significado se o rephraseamento tivesse sido feito ao contrário, a partir do direito à proibição, o que não é incomum no campo dos direitos humanos. Assim, por exemplo, o direito à legalidade é traduzido pela proibição de legislação retroativa em assuntos penais; o direito à liberdade pessoal, pela proibição da prisão arbitrária etc. Mas ainda que se entenda a proibição como a insinuação de um direito, a Declaração continua pobre: ela não traz uma definição de paz,

---

10 CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

11 CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

12 CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

um registro sobre agressão ou uma referência à lei humanitária, nem aborda o pertinente direito à vida. Por fim, o direito à paz é concebido somente como um direito coletivo, sem nenhuma consideração ao seu possível significado para o indivíduo<sup>13</sup>.

Há que se mencionar uma dimensionalidade mais específica ao se tratar de direitos humanos, qual seja:

A universalidade consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são superiores a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as “razões de Estado”; logo, os direitos humanos representam preferências preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer. Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos (e não somente de alguns)<sup>14</sup>.

Destaca-se também que os direitos humanos têm distintas maneiras, do ponto de vista subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a realização dos direitos humanos pode ser da incumbência do Estado ou de um particular (eficácia horizontal dos direitos humanos) ou de ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente (artigo 225 da CF/88, que prevê que a proteção ambiental incumbe ao Estado e à coletividade). Do ponto de vista objetivo, a conduta exigida para o cumprimento dos direitos humanos pode ser ativa (comissiva, realizar determinada ação) ou passiva (omissiva, abster-se de

---

13 SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. p. 84.

14 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25.



realizar). Há ainda a combinação das duas condutas: o direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto a comissiva por parte dos agentes públicos: de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, têm o dever de proteção (de ação) para impedir que outrem viole a vida<sup>15</sup>.

Concernente à universalidade dos direitos humanos, todas as pessoas são titulares desses direitos, bastando a condição de ser pessoa humana para poder invocar a proteção desses direitos, tanto no plano interno como no plano internacional, independentemente de sexo, raça, credo religioso, afinidade política, status social, econômico, cultural etc. Dizer que os direitos humanos são universais significa que não requerem outra condição para a sua efetivação além da de ser pessoa humana; significa, em última análise, que não se pode fazer acepção às pessoas, já que todas elas são dotadas da mesma dignidade<sup>16</sup>.

Os direitos humanos são executados, portanto, ao serem incorporados e difundidos nas legislações dos Estados. Essa inserção faz com que esses direitos sejam reforçados, assegurados e difundidos nos ordenamentos internos desses Estados, alcançando, dessa forma, o caráter universal a eles pertinente.

## **2 Direito ambiental: abrangência normativa**

Na atual conjuntura, observa-se que a temática envolvendo o meio ambiente alcança uma dimensão cada vez mais ampla. Para tanto, o direito ambiental surge como expressão e reconhecimento da aplicação de institutos legais e parâmetros ideológicos inerentes à boa convivência humana, no tocante à preservação dos recursos naturais.

Assim, pode-se definir o Direito Ambiental como o sistema de normas e princípios que regem as relações dos seres humanos com os elementos que compõem o ambiente natural. Trata-se de um sistema, e não de um conjunto de normas e princípios, porque seus elementos possuem uma lógica que os vincula entre si, o que vai além da simples existência de alguma característica comum. O Direito ambiental é composto de normas, que se perfazem em leis

---

15 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25.

16 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 32.

e atos administrativos, mas também por um enquadramento principiológico extenso, difundido em seu estudo<sup>17</sup>.

Dessa forma, o Direito Ambiental é um direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar esses temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação<sup>18</sup>.

O fato que se encontra, ao se tratar de meio ambiente, bem como seu regramento, é a própria vida humana, que necessita de recursos ambientais para a sua reprodução, a excessiva utilização dos recursos naturais, o agravamento da poluição de origem industrial e tantas outras mazelas causadas pelo crescimento econômico desordenado, que fizeram com que tal realidade ganhasse repercussão extraordinária no mundo normativo do dever ser, refletindo-se na norma elaborada com a necessidade de estabelecer novos comandos e regras aptos a dar, de forma sistemática e orgânica, um novo e adequado tratamento ao fenômeno da deterioração do meio ambiente. O valor que sustenta a norma ambiental é o reflexo no mundo ético das preocupações com a própria necessidade de sobrevivência do Ser Humano e da manutenção das qualidades de salubridade do meio ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar e, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida, isso para não falar da crescente valorização da vida de animais selvagens e domésticos<sup>19</sup>.

A Constituição de 1988 representou um marco para consagrar os direitos relativos ao meio ambiente, bem como sua proteção. Para tanto, diversas posições doutrinárias refletem essa relevância no cenário político, econômico,

---

17 LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1.

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 58-59.

19 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

ideológico e social brasileiro, os quais possibilitaram que esse avanço na legislação fosse alcançado.

Daí por que a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muito menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal adiantamento tecnológico. Assim sendo, a Constituição Federal estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos<sup>20</sup>.

Nesse raciocínio, a Constituição Federal de 1988 possui capítulo específico sobre a matéria de direito ambiental, demonstrando, assim, a importância que o tema assumiu no cotidiano. A redação do artigo 225 da Constituição Federal demonstra que o meio ambiente é um bem jurídico, conceituando-o como qualquer bem que, por seu valor e interesse ao mundo jurídico, mereça a proteção necessária para garantir a sua existência. Esse bem jurídico não é exclusivo, nem superior aos demais. Existe um relacionamento com os demais, também mercedores de dispositivos no texto constitucional. A partir de uma compatibilização de todos é que se poderá ter um correto entendimento do que seja o direito ao meio ambiente e dos demais (exemplo: vida, propriedade, saúde, livre iniciativa, educação etc.), por meio da interpretação sistemática dos textos de lei, pelo menos de toda a Constituição<sup>21</sup>.

A concretude do Direito Ambiental é uma questão muito séria, eis que está em jogo não só a sobrevivência física, com qualidade, da espécie humana como de todo planeta. O Direito deve atuar harmoniosamente com as demais ciências ambientais, de modo a respaldar diante da sociedade a aplicação de técnicas e modos de vida mais aceitáveis, menos impactantes, que garantam a sustentabilidade da vida na Terra. Caso contrário, ter-se-ão normas jurídicas meramente formais, inócuas ou mesmo inaplicáveis<sup>22</sup>.

---

20 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

21 MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2006.

22 PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

### 3 As implicações dos direitos humanos no direito ambiental

Os direitos de terceira geração são os que se assentam no princípio da fraternidade, deles fazendo parte, entre outros, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Tais direitos foram fortemente influenciados pela temática ambiental, nascida no mundo a partir da década de 1960, estendendo-se, depois, para outras áreas. Se no plano do direito constitucional tais direitos já se estabeleceram no que tange à órbita internacional, percebe-se que apenas recentemente os documentos internacionais começaram a prever alguns desses direitos. Dentre eles, destaque-se novamente o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, hoje consagrado tanto nos documentos internos (Constituições) como nos de índole internacional (tratado de direitos humanos)<sup>23</sup>.

A característica fundamental dos direitos difusos é a indeterminabilidade dos titulares, ao contrário dos direitos coletivos em sentido estrito, cujos titulares são determinados ou determináveis justamente pela vinculação a uma relação jurídica base. Como exemplo de direito difuso de titularidade indeterminada (toda a coletividade social), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social<sup>24</sup>.

A questão ambiental, assim como todas as suas projeções, conteúdos e manifestações, deve ser difundida e propagada à coletividade, no decorrer do tempo, visando assegurar às gerações futuras uma melhor qualidade de vida. Dessa forma, o propósito de se alcançar e despertar a consciência ecológica, como interesse da humanidade, acarretará a proteção do meio ambiente e promoverá aptidões para a sua consolidação.

---

23 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 53.

24 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.

Da mesma forma, garantir uma vida adequada e íntegra para todos os seres vivos é, em essência, o significado do direito ambiental como satisfação de um direito humano. Nesse aspecto, a fim de que sejam firmadas as condições devidas para incrementar essa garantia, mister se faz observar que a implementação de políticas deverá nortear os interesses da sociedade. Políticas que prevejam a proteção do meio ambiente e de todos os seus componentes, uma vez efetivadas, propiciarão a sustentabilidade do planeta, a saúde e o estímulo à diversidade ecológica, todos em proveito da vida.

## **4 A dimensão ecológica da dignidade humana sob a perspectiva dos direitos humanos**

Sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser dotado de suficiente elasticidade para que possa dar conta da sua tarefa monumental, pois possui dimensão ontológica, ligada ao valor intrínseco da pessoa, e à dimensão intersubjetiva, que se conecta às relações sociais em que o indivíduo se insere, que devem se nortear pelo reconhecimento recíproco de direitos e deveres. Esse princípio envolve tanto limites quanto tarefas para o Estado e para a sociedade, cumulando, portanto, a função defensiva e a função prestacional<sup>25</sup>.

No ordenamento constitucional brasileiro há direitos fundamentais relacionados a cada um desses componentes – alguns se conectam simultaneamente a vários deles. Mas, com exceção da igualdade, integralmente contida no próprio princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, CF), os demais elementos são tutelados apenas parcialmente, de modo fragmentário, pelos direitos fundamentais e princípios enumerados pela Constituição<sup>26</sup>.

Sob o ponto de vista normativo, o princípio da dignidade tem campo de incidência extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação

---

25 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89.

26 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92-93.

de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados pela Constituição. A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direta do princípio em questão sobre a ordem jurídica e relações sociais. Esse princípio não possui natureza absoluta, sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações<sup>27</sup>.

A dignidade da pessoa humana alcança seus fundamentos ao prover a igualdade e o exercício dos direitos esculpido na Constituição Federal. Reflete, ainda, a responsabilidade que deverá advir de sua imposição, através de seu conteúdo ético e moral.

Também deve ser incluída uma dimensão ecológica (ou socioambiental) da dignidade humana, a qual se restringe apenas a uma dimensão biológica ou física, mas contempla a qualidade do ambiente em que a vida humana se desenvolve. É importante conferir um destaque especial para as interações entre a dimensão natural ou biológica da dignidade humana e a sua dimensão ecológica (ou ambiental), a qual objetiva ampliar o conteúdo da dignidade para um padrão de qualidade e segurança ambiental (e não apenas de existência ou sobrevivência biológica), não obstante muitas vezes estar em jogo a própria existência natural da espécie humana nas questões postas pelos problemas ecológicos, e não apenas um nível de vida com qualidade ambiental<sup>28</sup>.

Nesse sentido, há ainda uma lógica evolutiva nas dimensões da dignidade humana que podem ser compreendidas a partir de uma perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais, já que esses simbolizam a própria materialização da dignidade humana em cada etapa histórica. Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente da qualidade ambiental, passam a conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção. Daí falar-se em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente

---

27 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 99-99.

28 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34-35.

dos novos desafios existenciais de índole ambiental a que está submetida a existência humana no mundo “de riscos” contemporâneo<sup>29</sup>.

Por tais razões, o conceito jurídico de dignidade humana deve servir de moldura conceitual-normativa (aberta) e ponto de partida para pensar (e reformular) o referido conceito em face dos novos desafios existenciais impostos pela degradação ambiental (mas também em vista da evolução cultural e dos novos valores socioambientais legitimados no âmbito comunitário), consagrando-se a sua dimensão ecológica. A reflexão acerca do valor dignidade extrapolará a dimensão propriamente humana, bem como o espaço temporal presente, questionando-se sobre a possibilidade de atribuição de dignidade às gerações humanas futuras e mesmo a outras formas de vida<sup>30</sup>.

Lecionam Caúla, Correa e Oliveira<sup>31</sup>

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem que, sob a ótica jurídica, carece de ser protegido. Cuida-se de temática cuja negligência resultará em consequências trágicas para o desenvolvimento em suas distintas dimensões: humana, econômica e ambiental. Com o fim de prevenção, o resguardo desse bem é considerado um direito fundamental pela sua essencialidade que possui à digna sobrevivência humana, dentre outros motivos.

Para tanto, a Constituição Federal brasileira, no seu artigo 225, § 1º, VII, enuncia de forma expressa a vedação de práticas que “provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”, o que sinaliza o

---

29 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

30 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

31 CAÚLA, Bleine Queiroz; CORREA, Nicole de Almeida; OLIVEIRA, Sócrates Costa. Considerações sobre tributação ambiental no Brasil: uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente? *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et. al. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: TJTO, 2017. p. 37.

reconhecimento, por parte do constituinte, do valor inerente a outras formas de vida não-humanas, protegendo-as, inclusive, contra a ação humana<sup>32</sup>.

## Considerações finais

Cumpra destacar que os direitos humanos revelam paradigmas inerentes à proteção do homem. Em busca de sua efetividade, os Estados buscam aprimorar esses paradigmas à repercussão que possam despertar no seio social. À sociedade cabe o despertar de uma consciência que promova os valores comuns, difundidos com maestria por esses direitos.

O direito ambiental, reconhecido interna e externamente, esculpido como valor pátrio esboçado na Constituição Federal, compreende um direito fundamental. Relaciona-se, conseqüentemente, a um dos Direitos Humanos, uma vez que se estreita diretamente à qualidade de vida das pessoas.

O propósito de se relacionar os direitos humanos e suas implicações no direito ambiental traduz e consagra o vínculo havido entre Direitos Humanos e Meio Ambiente, posto que este último é previsto de forma expressa no texto constitucional e se estabelece como direito fundamental e atinente a toda uma coletividade.

Por outro turno, dimensionar ecologicamente os direitos humanos denota a importância de se despertar a conscientização e a sensibilização para com todas as formas de vida. Uma vez considerados esses aspectos, cabe ainda determinar que a qualidade de vida no planeta só será alcançada quando puder atingir e integrar a dignidade humana como parâmetro motriz.

## Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

---

32 CAÚLA, Bleine Queiroz; CORREA, Nicole de Almeida; OLIVEIRA, Sócrates Costa. Considerações sobre tributação ambiental no Brasil: uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente? *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et. al. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: TJTO, 2017. p. 49-50.



BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados, MS: UFGD, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAÚLA, Bleine Queiroz; CORREA, Nicole de Almeida; OLIVEIRA, Sócrates Costa. Considerações sobre tributação ambiental no Brasil: uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente? *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al.* **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: TJTO, 2017. p. 35-56.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

# **Redefinição do conceito de cidadania ambiental na ordem jurídica brasileira à luz do direito internacional**

Redefinition of the concept of environmental citizenship in  
brazilian legal order under international law

## **Dalvaney Aparecida de Araújo**

Mestranda em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG.  
Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito pela PUC/MG.  
Servidora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: dalvaneyx@  
gmail.com

## **Érica Patrícia M. Freitas Andrade**

Mestre em Linguística e Língua Portuguesa pela PUC/Minas. Mestranda  
em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Especialista em  
Direito Processual pelo IEC/PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC  
Minas. Advogada. E-mail: ericapatricia.mf@gmail.com

## **Patrick Juliano Casagrande Trindade**

Mestrando em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Pós-  
graduado em Direito Social pelo Centro Universitário Newton Paiva -  
Belo Horizonte/MG. Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/  
MG. Advogado. E-mail patrick.casagrande@hotmail.com

**Resumo:** A partir de breves considerações, pretende-se, aqui, analisar a evolução do conceito de cidadania ambiental, com vistas a delinear o processo de internacionalização dos direitos humanos, cujo marco inicial foi a declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 para, posteriormente, avaliar como a Constituição brasileira de 1988 se relaciona com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ratificados pelo Estado brasileiro no que diz respeito ao tema. Neste cenário, busca-se redefinir o conceito jurídico de cidadania ambiental a fim de dar-lhe maior eficácia. Neste ponto, por meio de uma pesquisa teórico bibliográfica, aspira-se verificar de que maneira a nova Carta brasileira, rompendo com a ordem jurídica anterior, passou a comungar os direitos humanos internacionalmente consagrados com este alargamento da concepção de cidadania.

**Palavras-chave:** Cidadania. Cidadania ambiental. Constituição de 1988. Direitos humanos. Tratados internacionais.

**Abstract:** From brief considerations, the intention here, analyzing the evolution of the concept of environmental citizenship, in order to delineate the process of internationalization of human rights, whose starting point was the Universal Declaration of human rights of 1948 to later assess as the brazilian Constitution of 1988 relating to the international instruments of protection of human rights, ratified by the Brazilian State with regard to the topic. In this scenario, reset the legal concept of environmental citizenship in order to give it greater effectiveness. At this point, through a theoretical research literature aspires to verify how the new brazilian Chart, breaking with the previous legal order, went on to share the internationally established human rights with this enlargement of the concept of citizenship.

**Keywords:** Citizenship. Environmental citizenship. 1988 Constitution. International issues.

## **Introdução**

O pensamento da cidadania no Brasil resguarda íntimas ligações com a história da evolução constitucional. Na atualidade, tomam-se por cidadãos todos os que possuem e exercem os Direitos Humanos, constitucional e legalmente garantidos, e não somente o direito ao voto, mas, a participação da construção de um Estado democrático de direito.

Desse modo, o presente estudo visa analisar a evolução do conceito de cidadania ambiental, evidenciando qual a influência do processo de internacionalização dos direitos humanos no alargamento da concepção de cidadania trazida pela Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, seu alcance na esfera ambiental.

Inicialmente, o estudo traz a evolução dos conceitos de cidadania e de direitos humanos e, logo na sequência, como a Constituição Federal de 1988 se relaciona com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ratificados pelo Estado brasileiro, demonstrando, nesse ponto, como o conceito de cidadania ambiental foi redefinido a partir da Constituição.

Trata-se de uma abordagem teórico-bibliográfica, em que os referenciais teóricos selecionados objetivam reforçar, justificar, demonstrar, esclarecer e explicar o tema estudado. Utilizar-se-á do método dedutivo, partindo de uma concepção macroanalítica para uma concepção específica, uma vez que a análise se inicia com um panorama geral acerca do conceito de cidadania para, ao final, delimitar o exame no alargamento dessa concepção, abordando, especificamente, a questão da cidadania ambiental.

Pelo estudo proposto, vislumbra-se que o conceito de cidadania ambiental conduz a um tema central: a construção da sociedade humana a partir da noção de que o conjunto dos seres humanos pode e deve tornar-se parte ativa no processo de seu próprio desenvolvimento, como indivíduos pensantes, membros de uma comunidade, de uma nação, em suma, como seres humanos responsáveis, vinculados a espaços geográficos e processos históricos e culturais, como cidadãos deste Planeta Terra.

Dessa forma, o efetivo exercício da cidadania ambiental, na era da sociedade de risco, somente se materializa a partir da participação compartilhada do Estado e dos cidadãos na consecução dos seus novos fins de promoção das responsabilidades difusas com o ambiente, sendo fundamental pensar como cidadão do mundo e assumir as obrigações éticas que vinculam a sociedade aos recursos naturais do planeta.

Posto isso, necessário se faz um breve histórico acerca dos conceitos que norteiam e embasam a redefinição da cidadania ambiental, partindo do pressuposto de que são definições em constante desenvolvimento.

# 1 Cidadania: um conceito em plena evolução

Nas palavras de Perez Luño:

Corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que debe edificarse cualquier sociedad democrática. Una de sus funciones más relevantes es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista. Desde los inicios del constitucionalismo hasta el presente los derechos fundamentales han representado la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político, en su conjunto, se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana presentándose, por tanto, como el marco básico para la protección de las situaciones jurídicas subjetivas<sup>33</sup>.

Todo esse contexto está intimamente ligado à construção da cidadania, de um modo geral. Como destaca Ferrajolli, *La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas*<sup>34</sup>. Além disso, no decorrer da história da humanidade, surgiram diversos entendimentos de cidadania em diferentes momentos – Grécia e Roma da Idade Antiga e Europa da Idade Média. Contudo, o conceito de cidadania, como conhecemos hoje, insere-se no contexto do surgimento da Modernidade e da estruturação do Estado-Nação. De origem etimológica no latim *civitas*, cidadania significa "cidade"<sup>35</sup>. Estabelece um estatuto de pertencimento de um indivíduo a uma comunidade

---

34 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 16. A cidadania e a capacidade de agir e permanecem até hoje como as únicas diferenças de status que ainda definem a igualdade de pessoas humanas. (Tradução livre)

35 Significado extraído em <http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cidadania-ou-estadania.htm>, acesso em 24 abr. 2017.

politicamente articulada – um país – e que lhe atribui um conjunto de direitos e obrigações, sob vigência de uma constituição.

A compreensão e ampliação da cidadania ocorrem a partir do estudo clássico de T.H. Marshall – *Cidadania e classe social*, de 1950, que descreve a extensão dos direitos civis, políticos e sociais para toda a população de uma nação. Esses direitos tomaram corpo com o fim da 2ª Guerra Mundial, após 1945, com aumento substancial dos direitos sociais – com a criação do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) – estabelecendo princípios mais coletivistas e igualitários. Os movimentos sociais e a efetiva participação da população em geral foram fundamentais para que houvesse uma ampliação significativa dos direitos políticos, sociais e civis alcançando um nível geral suficiente de bem-estar econômico, lazer, educação e político.

Conforme sustenta José Murilo de Carvalho, no Brasil a trajetória dos direitos seguiu lógica inversa daquela descrita por T.H. Marshall. Primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular (Getúlio Vargas). Depois vieram os direitos políticos, a expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de repressão política foram transformados em peça decorativa do regime [militar]. A pirâmide dos direitos [no Brasil] foi colocada de cabeça para baixo<sup>36</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari afirma nesse sentido que:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá a pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social<sup>37</sup>.

Lado outro, tem-se que a ideia de cidadania surgiu como a qualidade do indivíduo a quem se atribuíam os direitos políticos de votar e ser votado. Falava-se, então, em *cidadãos ativos*, que gozavam de direitos políticos e em

---

36 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 16-18.

37 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p. 14.

*cidadãos inativos*, destituídos dos direitos de eleger e serem eleitos. Assim, *Homem e Cidadão* recebiam significados distintos. O cidadão teria um *plus* em relação àquele, consistente na titularidade de direitos na ordem política. Em virtude do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com a proclamação da Declaração Universal de 1948, essa ideia, gradativamente, foi se modificando.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é um marco no processo de conformação da sociedade internacional e de afirmação internacional dos direitos humanos. É que a Declaração é uma espécie de pacto jurídico-político global e uma afirmação simbólica da conformação de um padrão ético-jurídico positivo na proteção das pessoas humanas e de seus direitos nas diversas regiões do planeta. Esta é a sua dimensão mais importante e mais duradora<sup>38</sup>.

Começou-se, a partir daí, a testemunhar uma crescente evolução na identidade de propósitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional, no que respeita à proteção dos direitos humanos, que passaram a transcender os interesses exclusivos dos Estados, para salvaguardar, internamente, os interesses dos seres humanos protegidos, afastando-se, de vez, o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta. O tema, então, passou a ser preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da comunidade internacional.

Os direitos humanos passaram a fundar-se nos pilares magnos da universalidade, indivisibilidade e interdependência, consagrados pela Declaração Universal de 1948 e reiterados pela segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos, de Viena, em 1993. Compreendeu-se, finalmente, que o relativismo cultural não pode ser invocado para justificar violações aos direitos humanos. Ficou superada a dicotomia, até então existente, entre “as gerações de direitos” (civis e políticos de um lado; econômicos, sociais e culturais, de outro), historicamente incorreta e juridicamente infundada, porque não há hierarquia quanto a esses direitos, estando todos equitativamente balanceados, em pé de igualdade.

---

38 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 27.



## 2 A Constituição brasileira de 1988 e a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos

A Constituição brasileira de 1988, marco fundamental do processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, em harmonia com os novos propósitos da comunidade mundial, recebe os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos com natureza de normas constitucionais.

A abertura do sistema deu-se no artigo 5º, §2º, pelo qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Estado brasileiro seja parte. Além disso, a Constituição de 1988, no §1º do seu artigo 5º, dá aplicação imediata às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, devidamente incorporadas ao direito interno, sendo certo que, a partir de sua ratificação, esses tratados internacionais já passam a produzir efeitos internamente, prescindindo do procedimento promulgatório, levado a efeito pelo Presidente da República.

Assim, tendo tais tratados ingressado pela porta de entrada do §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, passam eles, da mesma forma que aqueles direitos garantidos no texto constitucional: *a*) a estar dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inc. II a V); *b*) a permear os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (artigo 3º, inc. I, III e IV); *c*) a ser diretrizes que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (artigo 4º, inc. II), e; *d*) a constituir *cláusulas pétreas* do texto constitucional, passando a ser insuscetíveis de renúncia (artigo 60, §4º, inc. VII, b).

A Constituição brasileira abandona os velhos conceitos de cidadania ativa e passiva, incorporando, em seu texto, a concepção contemporânea de cidadania introduzida pela declaração Universal de 1948 e reiterada pela Conferência de Viena de 1993. A proteção da cidadania expande-se além da ordem jurídica interna, por meio de nova teorização que vem completar as garantias jurisdicionais, dando novas possibilidades à efetivação dos direitos humanos na sociedade contemporânea<sup>39</sup>.

Essa nova concepção, entendida, agora, em um sentido lato, consiste na consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios

---

39 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 26.

que envolvem o âmbito do seu Estado, só alcançados, em igualdade de direitos e dignidade, por meio da construção de uma convivência coletiva, com base num sentimento ético comum, capaz de torná-los partícipes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público<sup>40</sup>. É o direito de lutar por mais direitos, só conseguindo isso por meio da politização da sociedade e do acesso ao espaço público.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 enriqueceu e ampliou os conceitos de cidadão e cidadania, de forma que não mais se trata de considerar a cidadania como simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim, de aferir-lhe um núcleo mínimo e irredutível de direitos (fundamentais), que devem impor-se, obrigatoriamente, à ação dos poderes públicos. Com isso, o conceito de cidadania foi redefinido, como se verá adiante.

### **3 Um novo conceito de cidadania na ordem constitucional brasileira**

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito de seu Estado, alcançada, em igualdade de direitos e dignidade, por meio da construção da convivência coletiva, com base num sentimento ético comum, capaz de torná-los partícipes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público, pois a democracia pressupõe uma sociedade civil forte, consciente e participativa. A cidadania, nessa ordem de ideias, é o direito a ter direitos<sup>41</sup>.

A Carta de 1988 endossa esse novo conceito de cidadania, que tem, na dignidade da pessoa humana, sua maior racionalidade, principiologia e sentido. Consagram-se, de uma vez por todas, os pilares universais dos direitos humanos (universalidade, indivisibilidade e interdependência) contemporâneos, afinando-se a nova ordem constitucional com as novas exigências da democracia.

---

40 Designa-se, pois, espaço público, todo o espaço político onde qualquer manifestação reivindicatória de direitos se exterioriza. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 28 mar. 2019.

41 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002. p. 42.

A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, dela deriva diretamente a interdependência e a inter-relação, a Carta de 1988 integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que nas Constituições anteriores restavam espalhados no capítulo pertinente à ordem econômica e social.

Portanto, é fácil perceber que a influência exercida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou direito do pós-Segunda Guerra, foi decisiva para a abertura democrática do Estado brasileiro e para a consequente redefinição da cidadania no Brasil. Essa nova concepção de cidadania, entendida agora em um sentido mais aberto, encontra-se, assim, integrada por três novos fatores, até então desconhecidos: o *status* legal, representado pelo conjunto de direitos assegurados aos indivíduos; o *status* moral, pertinente às responsabilidades por eles contraídas; e a identidade própria, pertencente a toda a comunidade<sup>42</sup>.

Neste quadro, em que falecem os *súditos* e nascem os *cidadãos*, livres de qualquer ingerência negativa do Estado e iguais em direitos e dignidade, a pedra de toque de todo o sistema passa a ser, primordialmente, a consciência de participação social, cuja efetivação só é conseguida por intermédio de uma educação política, capaz de lhes desenvolver o senso crítico<sup>43</sup>. Vestir a camisa de cidadão, nesse novo cenário, então, é ter consciência dos direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos e participar ativamente de todas as questões que envolvem o âmbito de sua comunidade, de seu bairro, de sua cidade, de seu Estado e de seu país.

Mas, para a efetivação dessa situação, exige-se uma perfeita sincronia entre os poderes públicos e o povo, entre as diferentes faixas etárias, etnias e todos

---

42 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 68.

43 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 68.

os membros da coletividade, que, interagindo em harmonia, colaborarão para o fortalecimento do ideal democrático<sup>44</sup>.

Entretanto, o exercício da cidadania no Brasil ainda possui três grandes obstáculos: 1º) o sistema jurídico brasileiro não possui ampla definição de possibilidades para uma efetiva participação popular consciente; 2º) a postura excessivamente conservadora de parcelas do judiciário, apegando-se a interpretações que limitam absurdamente o alcance de dispositivos legais que permitiriam uma efetiva democratização do poder; 3º) uma profunda ignorância do Direito: uma esmagadora parcela de brasileiros não possui conhecimentos mínimos sobre quais são os seus direitos e como defendê-los<sup>45</sup>.

Nesse passo, nota-se que o conceito de cidadania, embora redefinido pela Constituição de 1988, ainda enfrenta barreiras para sua plena efetivação. A atual Constituição, mesmo ampliando o conceito de cidadania, qualificando e valorizando os participantes da vida do Estado e reconhecendo a pessoa humana como ser integrado na sociedade em que se vive, ainda precisa romper os obstáculos que impedem ou dificultam a plenitude e a concretização desse conceito em plena evolução.

Hoje, a preocupação maior consiste em entender a cidadania não como mera abstração ou hipótese jurídica, mas como meio concreto de realização da soberania popular, entendida como o poder determinante do funcionamento estatal. Nesse foco, com vistas a ramificar o conceito de cidadania a outras esferas, principalmente, no que tange a questão ambiental, surge a necessidade de se discutir um conceito de cidadania ambiental, capaz de delinear a importância da preservação do meio ambiente. Essa relevância se justifica ao passo que, nos últimos anos, face à crise ambiental em nível global, a busca por um desenvolvimento sustentável tornou-se uma das maiores preocupações para a geração presente e futura.

## 4 Cidadania ambiental: uma redefinição do

---

44 KIELING, Charles Antônio. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul, Maneco Libreria e Editora, 2001. p. 54.

45 MAMEDE, Gladston. Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 134, p. 219-229, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr/jun. 1997. p. 224.

## **conceito de cidadania**

Como bem se delineou até aqui, o conceito de cidadania abarcado pela Constituição Federal de 1988 ultrapassou os limites da mera concepção política de votar e ser votado. A cidadania esteve e está em permanente construção; é um referencial de conquista da humanidade, por meio daqueles que sempre lutam por mais direitos, maior liberdade, melhores garantias individuais e coletivas, e não se conformam frente às dominações arrogantes, seja do próprio Estado ou de outras instituições ou pessoas.

Ser cidadão é ter consciência de que é sujeito de direitos. Direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, enfim, direitos civis, políticos e sociais. Cidadania pressupõe também deveres. O cidadão tem de ser cômico das suas responsabilidades enquanto parte integrante de um grande e complexo organismo que é a coletividade, a nação, o mundo, para cujo bom funcionamento todos têm de dar sua parcela de contribuição, somente assim se chega ao objetivo final e coletivo.

Nesse contexto, em meio à transformação e expansão, emerge a necessidade de estabelecer uma concepção de cidadania ambiental, como um grito de socorro à preservação do meio ambiente e à busca por um desenvolvimento sustentável. Torna-se imperativo o constructo de uma espécie nova de cidadania de forma a suplantar os limites geopolíticos das nações e alcançar a consecução de uma racionalidade ambiental capaz de fornecer uma base sólida para o processo de sustentabilidade. Afirmando uma proposta de democracia e de oportunidade do cidadão.

Na seara do Direito Ambiental, com vistas às últimas catástrofes ambientais, surgiu a necessidade de uma especialização do conceito de cidadania, exigindo-se uma cidadania modificada, já que, sem ela, não há defesa para a realidade atual. Nesse contexto é que se verifica a emergência do nascimento de uma cidadania ambiental.

A degradação ambiental marcou o quadro mundial das últimas décadas e, conseqüentemente, gerou um aumento da deterioração do meio ambiente, afetando a qualidade de vida da população. Um exemplo disso são os efeitos nocivos gerados pelo aquecimento global. Levando-se em consideração esse

cenário, Turatti afirma que o papel do cidadão carece transcender sua forma tradicional e abrigar as questões ambientais<sup>46</sup>.

Nesse sentido, a autora menciona que, para frear o crescimento das degradações e alterar essa situação, deve-se incrementar o papel do cidadão, firmando nesse contexto a cidadania ambiental, que se torna ainda mais importante, visto que o Estado não consegue absorver todas as demandas geradas pela sociedade.

A efeito, importante delinear o conceito de cidadão ambiental, trazendo a definição dada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – (PNUMA) como um “cidadão crítico e consciente que compreende, se interessa, reclama e exige seus direitos ambientais e que, por sua vez, está disposto a exercer sua própria responsabilidade ambiental”<sup>47</sup>. Segundo o referido Programa, o conceito de cidadania ambiental parte dos direitos e responsabilidades de cada ator social frente ao meio ambiente, assim como das noções básicas contidas no conceito de cidadão: a igualdade e a participação.

Assim, a participação na cidadania ambiental possui duas funções: a de advertência e a de compromisso, enfatizando-se a responsabilidade na obtenção de significados relativos ao exercício do poder político em relação a questões ambientais, privilegiando os interesses coletivos<sup>48</sup>.

A cidadania ambiental, na visão desses mesmos autores, objetiva a proteção intercomunitária do bem ambiental, a partir dos elementos mencionados na cidadania clássica. Funda-se na solidariedade e participação responsável na proteção ambiental, portanto, considera-se que o cidadão não terá um compromisso de lealdade nacional, mas sim, lealdade ecológica. Essa nova cidadania vincula-se a uma ideia de solidariedade, pois o cidadão se relaciona

---

46 TURATTI, Luciana. Cidadania ambiental: participação política além das fronteiras. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). *Direitos Humanos e Participação Política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2010. p. 31.

47 O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) é uma agência para o ambiente do sistema das Nações Unidas. O PNUMA foi criado em 15 de dezembro de 1972, com o objetivo de coordenar as ações internacionais de proteção ao meio ambiente e de promoção do desenvolvimento sustentável. Para isso, trabalha com grande número de parceiros, incluindo outras entidades da ONU, organizações internacionais, organizações ligadas aos governos nacionais e organizações não governamentais. Disponível em: [web.unep.org/pnuma-no-brasil](http://web.unep.org/pnuma-no-brasil).

48 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 72.

com o Estado e com a sua comunidade, preocupando-se com as gerações atuais e, também, com as gerações futuras<sup>49</sup>.

Deve ser exercida individual e coletivamente, com ações associativas, sempre priorizando aspectos da cidadania coletiva para obter maior força nas reivindicações de proteção ambiental. Esse modelo de cidadania ocorre somente quando há uma transformação no jeito de pensar e de viver do homem, já que exige uma visão consciente e solidária do cidadão como algo essencial para sua sobrevivência<sup>50</sup>.

De acordo com Turatti, no que se refere à matéria ambiental, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, *caput*, tornou acessível a participação e atuação da população na preservação e defesa ambiental, quando impôs à coletividade o dever de defender o meio ambiente, bem de uso comum do povo. Assim, tornou-se direito de a sociedade participar tanto na formulação quanto na execução das políticas ambientais<sup>51</sup>.

O cidadão e a coletividade brasileira possuem à disposição instrumentos constitucionais para tutelar em favor do meio ambiente, são eles: I) o Mandado de Segurança Coletivo, positivado no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988; II) a Ação Civil Pública, utilizada para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente (entre outros) e tem a finalidade de proteger os interesses difusos da sociedade; III) a Ação Popular, mediante a qual a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, assegura ao cidadão a possibilidade de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”<sup>52</sup>.

A efetiva atuação do cidadão é um eficaz instrumento para a consolidação da democracia participativa, não apenas individual, mas também coletiva, como expressa Luciana Turatti:

---

49 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 72.

50 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 72.

51 TURATTI, Luciana. Cidadania ambiental: participação política além das fronteiras. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). *Direitos Humanos e Participação Política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2010. p. 31.

52 SCHERER, Márcia. *Ambiente e Cidadania: estudo sobre a ação do Estado Democrático de Direito na inclusão social e na sustentabilidade*. Lajeado: Univates, 2008. p. 24.

A participação integra o processo democrático e é alicerce da cidadania. A garantia do Estado Democrático de Direito, na atual sociedade pluralista, depende fundamentalmente de uma participação popular que busque solidificar e intensificar as conquistas em todos os campos, neste caso, as relacionadas com os problemas das incertezas globais referentes à questão do meio ambiente<sup>53</sup>.

Pode-se dizer que a crise ambiental da atualidade origina-se de uma concepção utilitarista da natureza e essa concepção é resultado complexo do capitalismo, que também é responsável pela revolução tecnológica. Assim, a compreensão equivocada da natureza e as relações materialistas - consumismo - impregnaram as sociedades do planeta<sup>54</sup>.

Necessária uma ruptura desse paradigma, por meio de mudanças de atitude e conscientização e, também, com vistas à (re)construção de uma nova relação entre as sociedades humanas e a natureza. Para isso tornar-se possível, é imprescindível assumir novas formas de cidadania, incorporando a conscientização e o desejo de mudança, com vistas a garantir uma sobrevivência sustentável.

---

53 TURATTI, Luciana. Cidadania ambiental: participação política além das fronteiras. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). *Direitos Humanos e Participação Política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2010. p. 65.

54 SOFFIATI, Arthur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de (org.). *Educação Ambiental: repensando o espaço da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 49.



## Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 foi um marco para a ampliação do conceito de cidadania, alicerçada aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Esse conceito deixou de ser associado, unicamente, a direitos políticos, passando a vislumbrar uma concepção voltada para a efetivação dos direitos humanos. Essa evolução, calcada na proteção internacional dos direitos humanos, permitiu um desdobramento do conceito, abarcando a concepção de cidadania ambiental para fins de conscientizar a sociedade da importância de preservação e valorização do meio ambiente.

Pelo que se demonstrou, a cidadania ambiental não está limitada a um determinado povo, espaço ou território, ela ultrapassa todas essas barreiras e tem como finalidade a proteção de um bem difuso comum a todos os cidadãos: o meio ambiente. A Constituição brasileira elencou em vários de seus dispositivos mecanismos que tutelam essa proteção, tais como o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a ação popular, enfim, instrumentos que visam consolidar a democracia participativa.

Na era da sociedade de risco, verifica-se que a cidadania ambiental deve ser exercida em termos planetários, sem fronteiras, e exige uma participação compartilhada entre o Estado e os cidadãos para conseguir alcançar seus fins de proteção das responsabilidades difusas com o ambiente. Além disso, deve ser configurada em uma ética intergeracional, ou seja, entre todas as gerações, atuais e futuras.

A difusão da cidadania ambiental somente ocorrerá com a transformação do modo de pensar e de viver do homem, o qual deverá inserir nos seus valores a importância de conviver em harmonia com o meio ambiente. A cidadania ambiental requer do cidadão uma visão consciente e solidária, como um bem indispensável a sua sobrevivência.

De uma forma geral, a cidadania esteve e está em permanente construção. É um referencial de conquista da humanidade, por meio daqueles que sempre buscam mais direitos, maior liberdade, melhores garantias individuais e coletivas, e não se conformando frente às dominações, seja do próprio Estado ou de outras instituições. Enfim, para o pleno exercício da Cidadania Ambiental não basta conhecer os deveres ambientais nem promulgar direitos

ambientais, é absolutamente necessário cumprir uns e garantir os outros pensando em termos de globo terrestre.

## Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007.

KIELING, Charles Antônio. **Manifesto da cidadania**. Caxias do Sul: Maneco Libreria e Editora, 2001.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MAMEDE, Gladston. Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, nº 134, p. 219-229, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr/jun. 1997.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1950.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania**: à luz do novo direito internacional. Campinas: Minelli, 2002.

ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2017.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

SCHERER, Márcia. **Ambiente e Cidadania**: estudo sobre a ação do Estado Democrático de Direito na inclusão social e na sustentabilidade. Lajeado: Univates, 2008.

SOFFIATI, Arthur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. *In*: LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de (org.). **Educação Ambiental**: repensando o espaço da cidadania. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 29-44.

TURATTI, Luciana. Cidadania ambiental: participação política além das fronteiras. *In*: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos Humanos e Participação Política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2010. p. 72-99.



# **Responsabilidade do administrador de órgão público por descumprimento de tutelas específicas de obrigações na esfera ambiental<sup>55</sup>**

Liability of the public body manager for deception of judicial specific obligations in the environmental matters

## **Fernando Marques Khaddour**

Bacharel em Direito. Advogado militante. Especialista em Direito Criminal. Mestre em Direito ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT.

E-mail: fkhaddour@yahoo.com.br

## **Magno Federici Gomes**

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>.

E-mail: federici@pucminas.br

---

55 Trabalho financiado pelo Edital n.º 05/2016 (Projeto n.º FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): REGA, NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo abordar a possibilidade, ou não, de se responsabilizar pessoalmente, de maneira civil ou criminal, o administrador de órgão público, devido ao não cumprimento de uma ordem judicial, prévia judicialização de políticas, inclusive ambientais. Na realização desta pesquisa, foi utilizado o método teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. Após a análise da possibilidade de aplicação do instituto da improbidade administrativa e do crime de desobediência de forma pessoal ao representante legal da Fazenda Pública, passando pelos institutos do *contempt of court* e da prisão civil, concluiu-se que a inobservância de um preceito fundamental, mesmo que para atingir ou garantir outro direito fundamental, acaba por violar a essência do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-Chave:** Criminalização. Judicialização. Desobediência. *Contempt of court*. Questões ambientais.

**Abstract:** The purpose of this paper is to discuss whether or not the public body administrator is personally responsible, in civil or criminal terms, for failing to comply with a judicial order, before the intervention of the Judiciary in the public policies, including in environmental matters. In the accomplishment of this research, was used the theoretical-documentary method and the deductive reasoning, with technique of bibliographical research and jurisprudence. After analyzing the possibility of applying the institute of administrative impropriety and the crime of disobedience in a personal way to the legal representative of the Public Power, through the institutes of the contempt of court and the civil prison, it was concluded that failure to observe a fundamental precept, even if to achieve or guarantee another fundamental right, it ends up violating the essence of the Democratic State of Law.

**Keywords:** Criminalization 1. Judicialization 2. Disobedience 3. Contempt Of Court 4. Environmental Matters 5.

## Introdução

Hoje, em tempos de crise<sup>56</sup>, com tantos casos de corrupção, com situações onde é clara a luta pelo poder, onde as pessoas, a qualquer preço, querem

---

56 Talvez a real crise seja a moral, em que as pessoas só olham para o próprio umbigo, cuja maioria é egocêntrica.

“defender o seu”, passando por cima de tudo e de todos<sup>57</sup>, a classe que mais sofre é a da população carente, carente de recursos, carente de oportunidades, carente do piso mínimo existencial, carente do direito à vida<sup>58</sup>.

Diante disso, muito tem se falado no fato do Poder Judiciário interferir em assuntos que deveriam ser realizados por outros Órgãos do Estado, os Poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) aumentou a autonomia do Poder Judiciário e o colocou como seu guardião. Assim, é importante a análise da validade de tal fato e até que ponto pode o Estado-Juiz utilizar desta prerrogativa, ou seja, se mesmo atuando em prol de algo importante existe limite para esta atuação.

O problema que se pretende responder é se o Juiz, ao determinar liminarmente a prática de uma política pública, seja ela ambiental ou não, pode responsabilizar pessoalmente o servidor, administrador do Estado ou Município, no caso de descumprimento da ordem, e determinar sua prisão, seja através de mecanismos criminalizadores ou não (criminal ou cível), como é apontado no instituto do *contempt of court*.

O objetivo é analisar as sanções cabíveis ao servidor público pelo descumprimento de tutelas específicas de obrigações impostas em decisões judiciais desfavoráveis às Fazendas Públicas, em contraposição à sustentabilidade e à justiça socioambiental.

Na realização desta pesquisa, foram utilizados o método teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e de jurisprudência, na qual foi necessário, em um primeiro tópico, analisar a própria intervenção do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais e sociais. Em um próximo apartado, foram discutidos os meios que o Estado-Juiz se utiliza para fazer, ou convencer alguém, a cumprir suas ordens, sendo necessária a análise de um caso concreto, o que foi feito em seguida.

Dentro desse diapasão, foi indispensável o estudo das questões de necessidade e possibilidade na realização das políticas públicas, assim como uma análise do devido processo legal em face da criminalização pessoal de agente público.

---

57 Chacina de Unai; Petrolão; Mensalão; anões do orçamento; etc.

58 Apesar de toda a população estar sofrendo esta crise, aponta-se a mais carente economicamente como a mais sancionada por ela.

Tratou-se da questão da possibilidade ou incompatibilidade no desrespeito a um direito fundamental para realização de outro direito fundamental, com a prisão de alguém para cumprimento de ato de responsabilidade do Estado ou Município e, por fim, estudaram-se os institutos da sustentabilidade e do *contempt of court*.

Toda a pesquisa tem por pano de fundo averiguar o desrespeito à CF/88 e corolário a observância e manutenção do Estado Democrático de Direito e, por isso, se justifica.

## **1 A intervenção do Poder Judiciário: observância dos direitos fundamentais e sociais**

Hoje, pós CF/88, cada vez mais tem se acentuado a intervenção do Poder Judiciário em determinar a realização ou cumprimento de políticas públicas. Tal intervenção, diante de um primeiro olhar mais atento, parece macular a separação dos poderes consagrados no art. 2º desta mesma CF/88, conforme difundido inicialmente por filósofos como Aristóteles, Montesquieu e Locke. Certo é que os poderes são separados e independentes para se garantir que não haja arbitrariedade, tratando-se de requisito para uma democracia, evitando assim a concentração de poder.

Ocorre que com a CF/88 vieram também os direitos fundamentais, não que nunca tivessem existido em Constituições anteriores, porém vêm com um viés de constituição cidadã, atribuindo direitos a todos os cidadãos em comum, de todas as classes sociais, tendo por finalidade assinalar as condições mínimas com as quais cada ser humano tenha possibilidade de uma vida plena e sadia.

Corolário disso é que, com a CF/88, diferente das Constituições anteriores, o Estado-Juiz passou a ter mais poderes na intervenção de políticas públicas, como garantidor de direitos sociais e/ou fundamentais, já que, conforme aponta Zaneti Júnior, a CF/88 prevê deveres sociais que por força dessa mesma norma têm que ser colocada em prática. Leia-se:

Além disto, a Constituição de 1988 estabelece deveres fundamentais ligados às políticas públicas, (v.g., saúde, educação, segurança pública e meio ambiente). Essa especial categoria de direitos subjetivos caracteriza-se por ser exercida *no interesse e benefício de terceiros*



*especialmente determinados pela norma e/ou da própria coletividade, rompendo o círculo individualista dos direitos subjetivos clássicos, voltados unicamente para o interesse do titular*<sup>59</sup>.

Nesse viés, devido à falta de efetividade na aplicação dos direitos fundamentais previstos pela CF/88 pela Administração Pública, já que na prática tem razão Alexy ao dizer que “toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal”<sup>60</sup>, ainda que seja esta falta de efetividade devido a argumentos como reserva do possível ou possibilidade, mínimo existencial ou necessidade, entre outros, certo é que deságua na inaplicabilidade das políticas públicas e dos direitos fundamentais. Não é sem motivo que Boaventura de Sousa Santos, afirmou o seguinte:

A nova fase do constitucionalismo que hoje se vive no continente latino-americano – que se iniciou com Constituição brasileira de 1988, prolongou-se na Constituição de 1991 da Colômbia e que agora tem um novo alcance com as novas Constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela – concede força constitucional a um novo catálogo de direitos sociais que a hipocrisia e a falta de vontade política dos governantes não tem, até ao momento, tornado efetivo<sup>61</sup>.

Devido, justamente a essa falta de efetividade, e da necessidade de se fazer valer as prerrogativas constitucionais, tendo o Estado-juiz maior autonomia, como protetor da CF/88, e o Brasil, pretendendo ser uma nação ou sociedade democrática, com todas as suas previsões garantidoras, se faz necessária a obrigatoriedade, por meio de uma ordem<sup>62</sup>, para a realização das garantias fundamentais através das políticas públicas, como se segue:

---

59 ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: Grinover, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36.

60 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39.

61 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 16.

62 Provimento judicial ou decisão judicial.

Ademais, a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supraindividuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico – foi alçado a uma posição de primeira grandeza.

Em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não passível de aprovação judicial. Dessa forma, o Poder Judiciário constitui-se em um ator com capacidade de provocar impacto significativo no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução.

Do ponto de vista dos direitos, a Constituição de 1988 consagra duas mudanças fundamentais: de um lado, reconhece, além dos direitos individuais, os denominados direitos sociais, como o direito ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, à Previdência Social; de outro, fortalece os mecanismos de tutela de direitos. Essas inovações podem ser consideradas um ponto de inflexão na história nacional, uma vez que tanto os novos direitos como os mecanismos para a sua tutela evocam a exigência de atuação estatal<sup>63</sup>.

Devido a todos esses fatores, fica claro que “o sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional”<sup>64</sup>, caso contrário toda a letra da lei estaria fadada ao simples discurso jurídico e ao insucesso.

Entretanto, parte da doutrina defende a inclusão do direito à saúde dentro do máximo social, ou seja, sujeitam sua realização à reserva do possível, como aplicável aos direitos sociais. Conforme esse entendimento, os direitos sociais, econômicos e culturais estão limitados pela dependência de recursos econômicos orçamentários e sua realização está limitada por eles. Como

---

63 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: Grinover, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15.

64 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 53.

exemplo pode-se citar Perez Luño<sup>65</sup>, ao afirmar que os direitos sociais não são como os direitos civis e políticos que se inserem no mínimo existencial. Ao contrário, eles se encontram na ideia de justiça social. Portanto, obedecem à reserva do possível e não podem ser confundidos com os direitos de liberdade. Esse pensamento é corroborado por Canotilho e Moreira<sup>66</sup>, quando explicitam que a efetivação dos direitos sociais, assim como dos direitos econômicos e culturais, se restringe por recursos econômicos, evidenciando seu posicionamento quanto à aplicação da teoria da reserva do possível em relação aos direitos sociais. Ao prezar pela compreensão de que o direito à saúde está inserido no mínimo social, cumpre oportunamente levantar o papel do Estado e qual sua responsabilidade frente às demandas da sociedade.

Ocorre que determinar a efetivação de políticas públicas, por ser imperativo constitucional, por se tratar de direito fundamental, é necessário e importante. Porém, na determinação da realização de um procedimento, v.g., entrega de medicamento, a ameaça de criminalização, ou de prisão cível, de um servidor público por desobediência a tal comando é constitucional? Estaria o Magistrado indo além de seu poder de determinação? Poderia um funcionário público ser responsabilizado pessoalmente pelo descumprimento de uma ordem judicial ao órgão público?

Essas questões devem ser solucionadas, pois é corolário ao Estado Democrático.

## **2 A utilização de medidas coercitivas pelo Poder Judiciário para se atingir um objetivo: a efetivação dos direitos fundamentais**

É de senso comum o fato do Poder Judiciário se utilizar de medidas coercitivas para atingir um objetivo. Conforme leciona Hill, ninguém, nenhum homem, faz nada que não seja de seu interesse, pois em suas palavras, “o triunfo, é principalmente o produto de negociações harmoniosas e hábeis

---

65 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos: estado de derecho y constitucion**. Madrid: Tecnos, 1984. p. 83.

66 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991. p. 131.

com outras pessoas. De modo geral, o homem que sabe levar os outros a ‘fazer’ o que ele deseja conseguirá triunfar em qualquer parte”<sup>67</sup>, a menos que seja por meio da força.

Nesse sentido, é notório que o Poder Judiciário tem o viés coercitivo, por meio de punições que vão desde feridas econômicas (tais como multas, apreensões, bloqueios, penhoras), a feridas físicas (como é o caso da prisão), no sentido de obrigar alguém a fazer alguma coisa. Como aponta Roxin, ao falar do Direito penal, o qual, através do Poder Judiciário, causa dor aos que lhe desobedecem:

Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, conseqüências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações<sup>68</sup>.

Não é por menos que Dworkin lecionou que o Juiz Learned Hand (mão sábia), seu mentor, tinha maior temor de uma demanda judicial que da morte ou do fisco. Leia-se:

É importante o modo como os juízes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal. Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra a indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou ameaça de dano, têm às vezes conseqüências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais<sup>69</sup>.

---

67 HILL, Napoleon. **A lei do triunfo**. 33. ed. Tradução de Fernando Tude de Souza. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 569.

68 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02.

69 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 03.

Assim, o Poder Judiciário se utiliza desses expedientes para obrigar alguém a fazer algo ou deixar de fazer algo, pois caso contrário terá uma punição.

Certo é que, até o momento, não foi descoberto outro modo de se conseguir o cumprimento de uma determinação judicial, pelo menos de uma forma que não seja a espontaneidade de quem tem a obrigação.

Também é imprescindível a garantia, ainda que precária, de eficácia dos direitos fundamentais que, como dito, deixam de ser observados na prática (v.g. art. 225 da CF/88), e deve o juiz social, conforme Bonavides, ainda que coercitivamente, fazer valer tais direitos sociais. Leia-se:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito de juiz social, enquanto o consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder<sup>70</sup>.

Por outro lado, ante a complexidade das relações sociais e humanas, onde não se pode engessar os entendimentos devido à relativização das situações que favorecem “a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana”<sup>71</sup>, até que ponto essa coerção, para se fazer valer um direito fundamental, é legítima ou legal. Será que dentro de um ato judicial, ainda que com o viés de se cumprir um preceito constitucional, com a melhor das intenções (como o diz o ditado: de boas intenções o inferno está cheio), estaria havendo um abuso? Uma arbitrariedade?

---

70 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 540.

71 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 09.

### 3 Das decisões que determinam liminarmente obrigação de fazer

Face ao exposto, se faz mister um exemplo prático, conforme a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), que se segue:

Ementa: MANDADO SEGURANÇA - MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO MUNICÍPIO, NA CONDIÇÃO DE GESTOR DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - LEI N.º 8.080/90 - ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO DEVIDO - MULTA COMINATÓRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - DESCUMPRIMENTO - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. É dever do Município, na condição de gestor do Sistema Único de Saúde, zelar pela saúde dos necessitados, oferecendo tratamento adequado a saúde e vida dos pacientes, fazendo-se desnecessária a intervenção do gestor estadual do SUS na lide, nos termos do art. 7º, inciso IX, e art. 9º, inciso III, da Lei n.º 8.080/90. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, com a disponibilização dos recursos que se fizerem necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos prescritos. A sentença do mandado de segurança deve ser cumprida imediatamente e a demora injustificada da autoridade administrativa em fazê-lo implicará na responsabilização pessoal da mesma, tanto cível quanto penal, e, assim, pela própria natureza do procedimento eleito, desnecessária a fixação de "astreinte"<sup>72</sup>.

Conforme se observa, foi determinado a um Município, por meio de um mandado de segurança, a entrega de medicamento a um paciente, sob pena de responsabilização pessoal da autoridade administrativa, tanto na esfera cível quanto penal.

Observa-se que o Estado também foi incluído na lide, porém a decisão do mandado de segurança o isentou da responsabilidade, fato que, corolário,

---

72 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0694.08.045289-9/001. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Belo Horizonte, 29 jan. 2009. **Diário do Judiciário eletrônico**, Belo Horizonte, 13 mar. 2009. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 21 jul. 2017.

isentou a responsabilidade pessoal da autoridade administrativa estadual, colocando toda a carga sobre o administrador do Município.

Ocorre que a sentença, principalmente por se tratar de liminar em mandado de segurança, deixou de observar alguns fatores, como o orçamento do Município e a reserva do possível, que segundo Canela Júnior:

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a inação da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas é a insuficiência atual de recursos públicos para a satisfação do provimento jurisdicional. Afirma-se, em geral, que os direitos sociais demandam enormes investimentos públicos, de forma que a interferência do Poder Judiciário no orçamento, para a respectiva satisfação, poderia inviabilizar economicamente o funcionamento do próprio Estado.

Assim é que se condiciona a concessão de direitos sociais à prévia dotação orçamentária do erário público, invocando-se como argumento de referência a teoria da “reserva do possível”<sup>73</sup>.

Certo é que esse argumento, “reserva do possível”, pode ser realmente um argumento para justificar a inação, impedindo a ação do Poder Judiciário, como pode ser um fato, uma realidade, em determinado Estado ou Município, tratando-se até, e porque não, de um Estado falido, sem recursos para adquirir um medicamento, como determinado em tal decisão, em que o não cumprimento vai gerar uma responsabilização pessoal do administrador.

Observa-se que, no caso apresentado, trata-se de um mandado de segurança, com uma ordem exaurida por meio de liminar, *inaudita altera parte*, sem o juiz saber da questão relativa à reserva do possível, ou outra questão qualquer que poderia impedir, sem subterfúgios, a realização da determinação judicial, de tal forma que a autoridade administrativa sequer teve chance de demonstrar a real situação do Ente público e de seus problemas, caso existissem.

Importante frisar que o mandado de segurança, que tem como provimento uma liminar, trata-se de procedimento reconhecido por Lei, porém, no caso

---

73 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: Grinover, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225.

apontado pode ser arbitrário<sup>74</sup>, e deixa de observar o devido processo legal, procedimento concernente a um Estado Democrático de Direito, em sua acepção mais remota, conforme salientado por Ribeiro, nos seguintes termos:

A origem remota está na Magna Carta de 1215, que João Sem Terra foi compelido a conceder aos barões. Ela assegurava, em seu art. 39, que nenhum homem livre teria sacrificada sua liberdade ou sua propriedade, salvo na conformidade com a lei da terra (*Law of the land*). Tratava-se de uma garantia contra o arbítrio real e a consagração de um julgamento segundo as leis do país, de acordo com o costume assentado nas decisões proferidas pelos pares, as quais exprimiam o *Common Law*<sup>75</sup>.

Além do devido processo legal, é importante frisar o fato do Poder Judiciário, com os contornos de seu exercício, dados pela CF/88, por intermédio do Juiz, não ter a discricionariedade do gestor público, sendo obrigado a observar a legalidade de suas decisões, ainda que tenha uma intenção nobre.

Abel, ao analisar a crítica de Dworkin ao positivismo, assim escreve:

O juiz, ao contrário do gestor público, não desfruta de discricionariedade de caráter político-programático, a menos que se entenda que os juízes ingressam na magistratura tão somente para realizar uma agenda ideológica particular, e não para atuarem como técnicos, operadores e estudiosos (ou seja, intérpretes qualificados) do Direito, comprometidos com o ordenamento jurídico que rege a vida em sociedade, e não com suas opiniões pessoais e juízos prévios.

Dito de outro modo: o gestor público assume o poder com o propósito declarado de dar início a um projeto programático (que, pelo menos em parte, será inevitavelmente partidário e ideológico), e não há nisso qualquer choque com a idéia contemporânea de democracia representativa, O juiz, por sua vez, não ingressa no Poder Judiciário

---

74 Aponta-se como arbitrária a ameaça de responsabilização pessoal sem uma defesa, não a determinação em si de realização de um ato, sem entrar no mérito de ser legal ou ilegal, legítima ou ilegítima, possível ou não.

75 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais**: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 27.



para dar início a um projeto, nem para atender uma agenda político-ideológica, mas sim para usar o seu elevado conhecimento do Direito (pressuposto de seu ingresso na magistratura) a fim de solucionar os conflitos que provoquem sua prestação jurisdicional<sup>76</sup>.

Assim, o não cumprimento da ordem gera uma responsabilização da autoridade administrativa, sem o devido processo legal e uma fundamentação adequada para a coerção, que não se basta na seara civil, mas se estende a uma ameaça de criminalização do ato devido à desobediência.

#### **4 Necessidade e possibilidade e a criminalização pessoal em face de direitos sociais**

Como já apontado, não se pode olvidar a realização de práticas públicas para se assegurar a efetivação das promessas constituintes, ou garantidoras, à população em geral, que tem no Poder Judiciário uma, ou a única<sup>77</sup>, forma democrática de fazer valer seus direitos, conforme bem exposto por Bodnar:

O acesso à Justiça também torna concreto o escopo político da jurisdição à medida que significa uma forma de exercício substancial de democracia, pois permite ao cidadão o questionamento jurisdicional dos atos e omissões da Administração Pública, mediante o ajuizamento de Ações Populares Ambientais ou Ações Públicas por intermédio de associações e em benefício de toda a coletividade<sup>78</sup>.

Ao fazer um paralelo da intervenção do Poder Judiciário na gestão de risco, que tem total similaridade com a administração de políticas públicas, ainda Bodnar aponta, na observância dos pilares democráticos para a garantia de direitos fundamentais:

---

76 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 132.

77 No caso de entrega de medicamentos.

78 BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n° 12, p. 101-119, jan./jun. 2009. p. 107.

Dessa forma, é necessário que as decisões sejam tomadas com todas as cautelas preventivas e precautórias, por intermédio de um planejamento estratégico e democrático que considere todas as variáveis que possam influenciar direta ou indiretamente na garantia plena da qualidade de vida em todas as suas formas, inclusive das futuras gerações.

Qualquer decisão, lei ou ato administrativo que não considere a gestão e o controle dos riscos, numa perspectiva futura, integrada e conglobante, poderá caracterizar situação de incompatibilidade material com a ordem jurídica constitucional e internacional, por outorga de proteção deficiente ao direito humano fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Um dos maiores desafios da Modernidade a ser implementado é a adequada gestão e o controle dos riscos ambientais e sociais gerados pelas ações humanas. Afinal, são as decisões e ações do presente que irão condicionar os acontecimentos e as consequências imprevisíveis e incertas do futuro, também serão essas decisões as responsáveis pela qualidade de todas as espécies de vida no planeta no futuro da humanidade. Por isso, as instituições não podem manter-se na passividade, precisam outorgar respostas prontas e enérgicas para garantir, inclusive às futuras gerações, um pacto de civilização mais promissor e que inclua necessariamente a variável ambiental e a adequada gestão dos riscos como componente de todo e qualquer processo ou projeto de desenvolvimento com sustentabilidade<sup>79</sup>.

Dentro desse conceito, quando se fala em controle jurisdicional de políticas públicas, não se pode olvidar pontos como necessidade e possibilidade, já que uma decisão judicial, que não seja autoritária, deve levar em consideração todos esses elementos, além de outros, em confronto à realização de direitos fundamentais e sociais, observando também a legalidade de seus atos.

E quando se fala em uma decisão autoritária, a referência é no sentido de deixar de observar a CF/88 e as Leis que regem o ordenamento jurídico, pois o crime de desobediência não pode ser praticado por servidor ou funcionário público. Ao se analisar doutrinadores como Salles Junior e Salles, observa-se

---

79 BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n° 12, p. 101-119, jan./jun. 2009. p. 110.

que o Código Penal, quando trata do crime de desobediência (art. 330), no Capítulo II do Título XI (Dos crimes contra a administração pública), traz no título do referido Capítulo II a seguinte definição, “Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, daí a seguinte referência de Salles Junior e Salles:

Procura a lei tutelar o cumprimento de determinações legais emanadas de funcionários públicos, por isso que é um dispositivo relacionado à tutela da administração pública.

Sujeito ativo é qualquer pessoa, podendo figurar também o funcionário público, desde que não esteja nessa condição<sup>80</sup>.

Ocorre que no caso estudado, ao deixar de cumprir determinação judicial de entrega de medicamento, por exemplo, o servidor está na condição de funcionário público. Logo, não poderia ser criminalizado com base em tal tipificação.

Entretanto, por outro viés ou ótica, para se preservar a garantia constitucional, as ordens judiciais devem ser obedecidas, a menos que não exista possibilidade, devendo o juiz, ciente disto, retratar em sua decisão.

## 5 A incompatibilidade entre direito social e coerção

Conforme já exposto exaustivamente, uma das funções do Poder Judiciário é a observância dos mecanismos constitucionais e democráticos e, por meio desses, fazer valer os direitos fundamentais e sociais, quando provocado.

Porém, não se pode esquecer que a liberdade é um direito fundamental, assim como o trabalho<sup>81</sup>, e o juiz, na análise do caso, deve levar isso em consideração.

O que se quer dizer é que, no julgamento o juiz deve levar em consideração o direito de quem pede o provimento, assim como se deve ter em conta o

---

80 SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 459.

81 A Administração Pública é um trabalho, que caso não esteja sendo realizado de forma adequada, a autoridade pode ser substituída por outra que realize o trabalho a contento. Afastando-se os interesses em prol da sociedade e dos direitos fundamentais.

direito fundamental do administrador, independentemente do motivo que alega para relutar em cumprir a determinação, pois o ideal seria a realização de políticas públicas sem a atuação do Poder Judiciário. Segundo Alexy:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativos, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional<sup>82</sup>.

Certo é que é muito difícil dizer qual direito vale mais ou é mais ou menos importante que outro direito fundamental.

Claro que é difícil também imaginar uma pessoa, no caso um juiz, que na eminência de ver alguém, outrem, necessitando de um medicamento, sem o qual pode ir a óbito, tendo o poder para conceder, negá-lo. Algo que, na visão de uma pessoa com um entendimento um pouco racional da vida, irá compreender e aceitar, principalmente por ser, talvez, a vida o mais importante de todos os direitos, pois sem ela não existe qualquer outro direito.

Ocorre que conceder um direito é compreensível, porém, sob a ameaça de restringir outro direito fundamental, de outra pessoa, é difícil de compreender tal concessão.

Além de todos esses apontados, um fator na responsabilização pessoal cível e criminal de um servidor público deve ser levado em consideração, ainda que sem se aprofundar no assunto, a saber: a impossibilidade de se responsabilizar, por desobediência, funcionário público no exercício de sua atividade.

---

82 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 25.

Salles Junior e Salles apontam que, no crime de desobediência, o “sujeito ativo é qualquer pessoa, podendo figurar também o funcionário público, desde que não esteja nessa condição”<sup>83</sup> de funcionário público.

No mesmo sentido é a responsabilidade cível, pois a CF/88, em seu art. 37, §6º, assim determina:

[...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa<sup>84</sup>.

Logo, o funcionário público, no exercício de sua função, não pode ser responsabilizado, no caso apontado, na decisão judicial acima, pelo não cumprimento de determinação judicial, ali consistente na entrega de medicamento, pois se encontra revestido de autoridade, e a responsabilidade do Município é objetiva.

## 6 Sustentabilidade, *contempt of court* e atipicidade dos meios executivos

Em continuação, o desenvolvimento sustentável tornou-se um novo modelo para o agir do Estado, que terá que observar as dimensões do paradigma ambiental. Do contrário, irá violar o disposto no art. 225 da CF/88.

Atualmente, existem múltiplas dimensões do desenvolvimento sustentável, algumas consideradas clássicas e outras modernas. De qualquer forma, todas podem ser extraídas da própria CF/88, de maneira explícita ou não.

Classicamente, compreendem-se as dimensões social, ambiental e econômica. Qualquer implementação de política pública deve observar simultaneamente essas dimensões, sob pena de contrariedade ao próprio princípio normativo do desenvolvimento sustentável. Assim, a

---

83 SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 459.

84 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

utilização pura do argumento econômico, pelo agente político, produz interpretação insustentável e incompatível com o princípio<sup>85</sup> e induz a retrocesso socioambiental.

Nota-se que a dimensão econômica é informadora da contínua produção de riquezas, ou seja, a geração constante de algum bem ou serviço. Tal dimensão sempre foi privilegiada nas decisões sociopolíticas, mas o desenvolvimento do Direito ambiental está permitindo essa mudança paradigmática. Assim, a dimensão econômica permaneceu com grande peso nas decisões, apesar de não ser a única ou principal.

Por sua vez, a dimensão social é a que pretende diminuir as desigualdades sociais. Para Almeida e Araújo, o objetivo dela “é construir uma civilização com maior equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida dos ricos e dos pobres”<sup>86</sup>, como, v.g., a diferença de renda dos integrantes da nação. Nota-se que a CF/88 apresenta como diretriz a diminuição das desigualdades regionais e sociais.

Após os encontros internacionais, a partir de Estocolmo em 1972, pensou-se no pilar ambiental que tutela os recursos naturais e que deu origem ao termo desenvolvimento sustentável. Essa foi a dimensão que criou o novo paradigma da sustentabilidade, mas infelizmente os pilares clássicos não produzem efeitos na solução do dilema deste estudo.

A dimensão espacial é conceituada por Almeida e Araújo como:

Deve ser dirigida para a obtenção de uma configuração rural-urbana mais equilibrada e uma melhor distribuição territorial de assentamentos urbanos e atividades econômicas, reduzindo a concentração excessiva nas áreas metropolitanas e freando a destruição de ecossistemas

---

85 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. p. 18-21.

86 ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. In: REZENDE, Êlcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 28.

frágeis, mas de importância vital através de processos de colonização sem controle<sup>87</sup>.

De outro turno, a dimensão ética conceituada por Freitas engloba o dever de fraternidade desta geração e com as demais. A integração do indivíduo com a sua comunidade e, subsequentemente, à sua sociedade e à universalidade. De modo que a fraternidade deverá reger todas as condutas sociais, obstando ações individualistas e egoísticas que geram o mal-estar da coletividade, que é o caso do descumprimento das decisões judiciais, em todas as suas vertentes<sup>88</sup>.

Nesse ínterim, a adoção das boas práticas pelo Poder Público é o tema a ser estudado a seguir, a partir dos pilares informadores do desenvolvimento sustentável<sup>89</sup>, possibilitando a resposta do problema ora proposto. Com isso:

Uma ampla concepção de desenvolvimento requer, obrigatoriamente, que o Estado esteja presente tanto na economia quanto na sociedade, integrado com os demais atores sociais para que seja possível alcançar os objetivos desenvolvimentistas. Assim, liberdade passa, então, a representar a capacidade crítica e consciente de o indivíduo existir na sociedade em relação à atividade institucional. Mais do que isso, a sustentabilidade requer, além de uma orientação individual e consciente, a firmação de responsabilidades objetivas e públicas, cujo sentido atinja à universalidade, enquanto processo integral de firmação de um contexto seguro e possível para as gerações futuras<sup>90</sup>.

---

87 ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. In: REZENDE, Elcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 28.

88 Para aprofundamento, ver: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57-60.

89 Para aprofundamentos nas dimensões do desenvolvimento sustentável, ver: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53-70; e GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016.

90 ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n° 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. p. 24.

Consequentemente, a justiça socioambiental permeia a ideia de acesso à jurisdição, que envolve a multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável e o restabelecimento da paz social por um processo justo. Nesse sentido:

É importante perceber que do conceito de injustiça ambiental extrai-se que a justiça ambiental exprime certa resignificação do meio ambiente, de modo a ampliar igualmente a garantia de acesso à Justiça nas questões que envolvam o desenvolvimento econômico, político e social, e a dignidade da pessoa humana. A partir da Constituição Federal, de 1988, assegurar o acesso à Justiça de forma qualificada significa também direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, assegurando-se formas alternativas de resolução de conflitos ambientais, pois as ações judiciais que envolvem esses conflitos normalmente são complexas, e os processos tendem a se arrastar por anos, para, no fim, a decisão (sentença/acórdão que põe fim ao processo) não conseguir restabelecer a paz social. Os problemas são reiterados, a exemplo da ocupação irregular, na questão da moradia, além da falta de políticas públicas que permitam a fixação do homem no campo (política agrícola e agrária efetivas). A decisão judicial pode pôr um fim momentâneo, mas de forma quase imediata os problemas retomam o seu curso (às vezes na mesma localidade, às vezes em lugares próximos)<sup>91</sup>.

Diante de tais argumentos, fica evidente que o cumprimento de uma determinação judicial pela Administração Pública é essencial ao desenvolvimento sustentável e democrático, realizando assim a integração do sujeito à sociedade e à universalidade, além da subsistência da ordem, como aponta Assis, em um trabalho sobre *contempt of court* no Brasil, nos seguintes termos: “o poder de o juiz exigir e impor acatamento às suas determinações,

---

91 HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 32.



decorrentes da parcela da soberania que lhe é conferida, parece essencial à subsistência da ordem, nas suas esferas legítimas de governo e da justiça”<sup>92</sup>.

Daí surge a questão de ser ou não possível uma prisão cível cabível para obrigar o cumprimento de uma decisão, levando-se em conta o disposto no inciso IV do art. 139 cumulado com o parágrafo único do art. 774 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), que dispõem o seguinte:

[...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[...] Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material<sup>93</sup>.

Na análise de tais artigos, observa-se que, no inciso IV do art. 139, o juiz pode determinar medidas coercitivas, sem destacar o CPC que medidas seriam essas, e o parágrafo único do art. 774 informa que o juiz pode aplicar outras sanções, além da multa, de natureza processual ou material, sem, igualmente, delimitar que sanções seriam essas, o que pode ser encarado como discricionariedade e se ter a prisão civil incluída aí, por deliberação do juiz que quiser fazer valer sua autoridade.

Tem-se aí o *contempt of court*, que é um instituto utilizado no sistema *common law*, em Países como Estados Unidos e Inglaterra, tendo sua primeira referência datada do ano de 1187, segundo Assis, no caso de um réu que não atendeu a uma citação. Ainda segundo o mesmo autor, o *contempt of court* seria definido como:

---

92 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Brasil. **Academia Brasileira de Direito processual civil**, v. 7, 2012, p. 02.

93 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 139, inciso IV. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 19 set. 2019.

A ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.

À semelhança de outros institutos jurídicos, o *contempt of court* comporta variadas classificações, consoante diferentes critérios; porém, as principais distinguem o *contempt* civil e criminal, o direto e o indireto. A importância da distinção dessas espécies, às vezes sutis, e sempre heterogêneas, em ambos os casos, reside na diversidade de procedimento para aplicar as respectivas sanções e nos seus efeitos<sup>94</sup>.

Certo que o referido tema merece maior atenção e estudo, pois as diferenças da sanção criminal e da sanção cível são facilmente observáveis, principalmente por ser a sanção criminal, no Brasil, o crime tipificado como de desobediência, pois ainda, segundo as regras de Direito penal, ninguém pode ser preso sem que tenha cometido crime, e deve haver tipificação anterior à prática do crime.

Ainda que exista tal possibilidade, saindo do requisito de que o poder do juiz decorre da viabilidade do Poder Judiciário sancionar a inobservância da sua autoridade com discricionariedade, não existindo dúvidas que tal ação pode ser realizada de vários modos, inclusive dentro do instituto do *contempt of court*, a prisão parece inviável, e tratando-se de agente público, a regra da responsabilização objetiva da Fazenda Pública, com a possibilidade de regresso, parece prevalecer, podendo o juiz determinar o ato, mas não punir o servidor (principalmente com a prisão), e sim o órgão.

## Considerações finais

O Brasil é um país jovem, com uma história desfavorável na garantia e realização de direitos humanos e sociais. Ainda há muito caminho a se percorrer, se realmente se pretende efetivar os direitos fundamentais previstos na CF/88, já que existem outros dentro de uma visão globalizada dos direitos

---

94 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Brasil. *Academia Brasileira de Direito processual civil*, v. 7, 2012. p. 02.

naturais, e isso inclui sem dúvida o meio ambiente, que está positivado em carta política (art. 225 da CF/88).

Certo é que hoje, em pleno século XXI, com tantos avanços tecnológicos e fatos inimagináveis, pelo menos no Brasil ainda não se sabe o que é direito fundamental. Tal termo é utilizado, muitas vezes, para se atingir interesses particulares. Basta observar que as garantias constitucionais mais básicas, como saúde, educação, trabalho e meio ambiente saudável, não têm efetividade. Não são respeitados ou cumpridos como meta, por vários motivos que não são discutidos nesta pesquisa, v.g., falta de fiscalização, falta de vontade política, falta de planejamento, falta de recursos (humano e financeiro), por corrupção ou não, interesses particulares, falta de visão e falta de treinamento.

Ocorre que, com a CF/88, um dos três poderes do Estado brasileiro, o Poder Judiciário, conseguiu uma autonomia maior a ser o garantidor, ou protetor, desta CF/88, tendo em suas mãos o poder de fazer cumprir as promessas ali arroladas. Aponta-se que essa afirmação não é ingênua, pois é certo que o Estado-Juiz manda realizar um ato de política pública quando se vê na iminência de um prejuízo maior.

Assim, o Estado-Juiz, por meio da provocação dos interessados e protegidos pela letra da lei, passou a determinar que se cumpram as políticas públicas, a chamada judicialização de políticas.

Acontece que, ao determinar a efetivação de uma política pública fundamental ou social, como, por exemplo, a outorga de um medicamento, em alguns casos como o apontado no acórdão do TJMG estudado, ou mesmo uma tutela específica de obrigação ambiental ao Poder Público, com a intenção de ver cumprida a determinação, o Juiz ameaça o destinatário da ordem, caso não cumpra o mandado, com a responsabilização pessoal cível e criminal, sendo esta última pelo crime de desobediência.

Não há dúvidas de que os preceitos constitucionais devem ser realizados, de que a população deve ter um amparo, e o Estado, por todo seu histórico, deve garantir o mínimo existencial por meio de políticas públicas. E quando se fala em piso vital mínimo não se entra na discussão aprofundada do que seja isso, aqui mínimo existencial é visto simplesmente como direito à vida, o que inclui o meio ambiente intergeracional sadio.

Assim, a intervenção do Poder Judiciário passa a ter um papel importantíssimo, ao determinar que se realize o que foi prometido pela carta política. Porém, o mandar não significa abusar, ou ser autoritário e arbitrário, significa obedecer à lei respeitando a mesma lei.

Ao se determinar algo a um ente da Federação, conforme a própria CF/88 prevê (art. 37, § 6º, CF/88), a responsabilidade pelo ato de desobediência é do próprio ente, caso não cumpra o mandamento. O importante é saber como responsabilizá-lo.

Certo é que o servidor, pessoa física, nunca poderá ser responsabilizado, seja por se tratar de um desrespeito a direitos fundamentais na realização de direitos fundamentais; seja em respeito à CF/88 (art. 37, § 6º, CF/88), que imputa ao Ente federado o instituto da responsabilidade objetiva ou ainda na hipótese de lei infraconstitucional (Código Penal), pois o instituto do crime de desobediência não criminalizará funcionário público por tal delito quando no exercício de suas funções.

Então existiria o *contempt of court* para simplesmente prender o agente público, obrigando o cumprimento da decisão, sem gerar um processo autônomo por desobediência? Uma simples prisão civil sem consequências posteriores, estigmatizando e obrigando o cumprimento, amparado no parágrafo único da art. 774 e no inciso IV do art. 139, todos do CPC, que a princípio dá discricionariedade ao juiz para definir ações coercitivas atípicas, prevendo sanções processuais e materiais sem mencionar que coerções seriam elas, o que, por certo, sem um maior estudo ou aprofundamento, pode se entender a prisão como possível. Todavia, a doutrina hoje existente descarta tal hipótese de prisão, sendo óbvio que tal tema, *contempt of court* no Brasil, ainda é carente de estudo e aprofundamento e jamais se encerraria nestas poucas linhas.

Logo, uma determinação, bem-vinda por realizar políticas públicas necessárias, não pode extrapolar os parâmetros da legalidade, como são os casos em comento, por melhor que seja a intenção, sob pena de se colocar em risco a própria democracia. Trata-se assim de usurpação de competência legiferante, pois estaria o Poder Judiciário criando regra jurídica em detrimento do Poder Legislativo, em prejuízo de outros direitos fundamentais assegurados na CF/88 e da própria separação de poderes.

## Referências

ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. *In*: REZENDE, Élcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 11-51.

ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, nº 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/177/140>. Acesso em: 24 dez. 2017.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Brasil. **Academia Brasileira de Direito processual civil**, v. 7, p. 01-21, 2012. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis%284%29%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6,

nº 12, p. 101-119, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/271/339>. Acesso em: 23 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 mai. 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: Grinover, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2646>. Acesso em: 22 jul. 2017.

HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter

Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 29-40.

HILL, Napoleon. **A lei do triunfo**. 33. ed. Tradução de Fernando Tude de Souza. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 1.0694.08.045289-9/001**. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Belo Horizonte, 29 jan. 2009. Diário do Judiciário eletrônico, Belo Horizonte, 13 mar. 2009. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 21 jul. 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos: estado de derecho y constitucion**. Madrid: Tecnos, 1984.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: Grinover, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01-32.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: Grinover, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33-72.





# **A análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito humano fundamental: mitigação da soberania dos Estados pela introjeção do princípio da cooperação sob o prisma de uma fraternidade universal**

The analysis of an ecologically balanced environment while fundamental human right: mitigation of the sovereignty of the States by introjection of the principle of cooperation under the prism of a universal brotherhood

## **Adriana Freitas Antunes Camatta**

Advogada. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC - Belo Horizonte). Leciona Introdução à Ciência Jurídica, Direito Administrativo e Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC - Belo Horizonte). E-mail: afacamatta@yahoo.com.br

## **Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza**

Advogada. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara – ESCHC - (Belo Horizonte). Leciona Prática Simulada na área da Administração Pública e Direitos Difusos na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC - Belo Horizonte).

Doutoranda da PUC Minas em Direito Público.

E-mail: liviamaria\_cg@hotmail.com

**Resumo:** Este artigo tem por objeto a análise do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental. Apresentou-se o surgimento dos institutos de proteção jurídica ambiental, suas relações com o direito internacional e sua vocação comunitária. Com a internacionalização de seu objeto, o direito ambiental foi erigido ao status de direito humano, condição *sine qua non* do direito à vida. Enquanto direito fundamental, demonstrou-se a necessidade de efetivação da legislação ambiental como norma de aplicabilidade imediata e da significativa atuação do Poder Público. Destacou-se o princípio da cooperação entre os povos como meio de se promover uma fraternidade universal.

**Palavras-chave:** Cooperação. Direito Humano Fundamental. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

**Abstract:** This article aims at analyzing the right to an ecologically balanced environment as a fundamental right. Presented the appearance of legal institutes environmental protection, its relations with international law and its community vocation. With the internationalization of its object, environmental law has been erected to the status of human rights, the *sine qua non* of the right to life. As a fundamental right, demonstrated the need for effective environmental legislation as immediately applicable and significant role of the government standard. We emphasize the principle of cooperation among peoples as a means of promoting a universal brotherhood.

**Keywords:** Cooperation. Fundamental Right. Ecologically Balanced Environment.

## Introdução

Na estrutura contemporânea ambiental percebe-se, de forma inegável, a alteração ambiental generalizada enfrentada por todos os povos do planeta. Os visíveis desequilíbrios ecológicos têm alcançado um espaço crucial da vida dos seres humanos que, ante a impossibilidade de cingirem-se a um ambiente degradado, lentamente cedem à incapacidade de dominar, por si mesmos, as condições ambientais de sua existência.

Não se pode mais admitir e manipular o ecossistema como um valor instrumental a serviço dos homens, sem que tal conduta exija das sociedades custos ambientais e sociais bastante significativos.

Durante toda sua adaptação social, cultural e econômica, o homem vem modificando a natureza, servindo-se dos bens ambientais como bens econômicos de forma predatória, provocando um desequilíbrio em todo sistema ecológico. Dessa forma, constata-se claramente que o ser humano, a cada dia, tem perdido o seu liame com a Terra, possuindo-a como propriedade e não mais como um valor de vida, um patrimônio de toda humanidade.

Diante de tantos fatores nocivos e desfavoráveis ao planeta, o artigo propõe reforçar o entendimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado precisa ser definido como um direito transindividual (difuso), bem de uso comum do povo, erigido ao status de direito fundamental para a sua efetiva proteção. E mais do que isso, busca-se chamar atenção para a necessidade de apreender o meio ambiente equilibrado como um direito humano fundamental à preservação da vida, de modo que seja introjetada a concepção de que essa proteção conglobante deve ser abrangida por princípios e regras de preservação que assegurem o bem estar social de todos os indivíduos em harmonia com o meio ambiente. Fora desse viés, a proteção ambiental seria apenas uma quimera.

O equilíbrio do ecossistema é vital para a sadia qualidade de vida e dignidade das pessoas, bem como para o desenvolvimento econômico das sociedades, sob um viés sustentável. Sem dúvida alguma, a sobrevivência do ser humano na Terra dependerá visceralmente da inter-relação que ele terá com a natureza.

Dentro desse contexto, um dos grandes desafios a ser enfrentado consiste na criação de um Estado de Direito Ambiental que realize, de forma efetiva, a aplicação das normas de proteção ao meio ambiente. Um Estado onde possa coexistir uma legislação ambiental em harmonia com os interesses econômicos, sem o comprometimento do equilíbrio natural. Esses elementos não precisam ser necessariamente analisados como pontos antagônicos ou linhas tencionais opostas. Outro objetivo a ser perquirido pelo presente trabalho é demonstrar que essas duas lógicas, ambiental e econômica, podem subsistir, desde que o meio ambiente seja considerado em todas as suas

vertentes e implicações. Portanto, tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado assume importância fundamental.

Até o presente momento, pela ordem jurídica constitucional, a sociedade compromete-se a se tornar a grande guardiã do meio ambiente, preservando-o para as futuras gerações. Para tanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve contar com um instrumento legal robusto para a significativa atuação do Poder Público, seja intervindo na economia, seja resguardando os recursos ambientais, cujos titulares são a própria humanidade.

Por fim, destaca-se o princípio da cooperação entre os povos como instrumento hábil a promover uma proteção ambiental mais ampla e efetiva, de vocação comunitária, inserida no contexto de uma fraternidade universal, uma vez que os danos ambientais não respeitam fronteiras geográficas.

A metodologia utilizada na consecução deste artigo consiste basicamente no método analítico-descritivo. Utilizaram-se também, como fonte de pesquisa, informações eletrônicas e artigos científicos em sítios especializados. A análise do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental foi embasada na obra de Orci Paulino Bretanha Teixeira, portanto, o referencial teórico.

## **1 Breve histórico da proteção jurídica ambiental**

Com a evolução da humanidade, percebe-se que é a partir da natureza que o homem realiza suas potencialidades, desenvolvendo suas atividades sociais, culturais e econômicas. Nesse raciocínio, constata-se facilmente que as ações e inter-relações que o indivíduo exerce no seu meio, impactam diretamente em todo o entorno, afetando globalmente o meio ambiente.

Assim, o ser humano passa a perceber, a cada dia, que ele não é um elemento dissociado da natureza, mas parte integrante dela, de forma que se suas ações podem fazê-la sucumbir, ele também o será fatalmente.

Dessa forma, não mais se pode conceber o meio ambiente como um valor instrumental e econômico, destinado ao uso e abuso do homem conforme lhe convier. Mais do que nunca, deve-se compreender o meio ambiente como um bem de conotações imensuráveis para a comunidade global.

O planeta possui limites que estão sendo ultrapassados há muito tempo e sua capacidade de resiliência está se esgotando. Por isso, a propriedade dos bens ambientais que antes era de uso exclusivo de seus titulares ou usuários, direito quase absoluto, hoje está sendo relativizada pelas funções sociais e ambientais garantidas constitucionalmente.

Para tanto, a evolução da ciência jurídica visando a um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, tem a sua origem a partir de dois momentos distintos: uma origem remota e outra próxima.

Quanto à origem remota, pode-se considerar que o homem sempre teve uma preocupação com o seu entorno. Por estar mais próximo à natureza, estabelecia com ela uma relação respeitosa, harmônica, retirando de seu meio somente o necessário para a sua subsistência. Não existia, até então, nenhuma preocupação no sentido de acumulação de riquezas ou apropriação. O homem agia e se comportava como um elemento pertencente ao ecossistema<sup>95</sup>.

As antigas civilizações preocupavam-se com o seu *habitat*, principalmente com as árvores frutíferas e com os animais, o que já demonstrava certa preservação em menor ou maior grau. Contudo, o que se pretende enfatizar é que não é contemporânea a noção de que meio ambiente e direito ao desenvolvimento estão imbuídos no mesmo propósito. Desde os primórdios, o homem buscava melhores condições de vida para que pudesse alcançar uma existência digna, de acordo com a cultura e a sociedade de seu tempo<sup>96</sup>. Conforme leciona Gruba

Ora se todos os humanos detêm uma identidade própria e, por consequência dela, as diferenças para com os demais são contextuais na medida em que essa identidade se constrói individualmente em razão da genética, dos valores, da cultura, do modo de produção e consumo de sua localidade geográfica, do tempo em que nasceu e se desenvolveu, do grau de escolaridade, etc. É justamente a partir dessa identidade que cada ser humano se relaciona com os fenômenos do

---

95 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

96 GRUBBA, Leilane Serratine. Direito ambiental e humano: a complexidade na questão da água. **Revista Veredas do Direito**. v. 9, n.18 julho/dezembro, 2012. p. 39. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/333/218>. Acesso em: 24 set 2019.

mundo, consigo, com os outros humanos, com a natureza, assim como com as dimensões da vida em sociedade (economia, política, etc.)

O que se pretende enfatizar é que se torna necessária uma nova percepção de mundo, ou seja, a necessidade de se perceber o ser humano como parte integrante do meio ambiente ao qual está inserido, como “um ser contextual”, uma vez que, na busca de sua identidade, o homem naturalmente realiza o seu direito ao desenvolvimento.

Sob outro enfoque, o homem contemporâneo, em virtude de suas atividades econômicas, tem atuado de forma etnocêntrica em relação ao planeta, não considerando o ambiente que levou bilhões de anos para se formar.

Essa é a razão pela qual a instrumentalização da proteção ambiental se faz necessária, uma vez que a sociedade atual buscou sim o seu desenvolvimento, mas desconsiderou a solidariedade transgeracional, ou seja, utiliza-se de todos os recursos naturais disponíveis sem se preocupar em preservá-los para as futuras gerações.

Ocorre que, com o aumento da degradação do capital natural do planeta, percebeu-se que a destruição das florestas, da fauna e a crescente poluição do ar e das águas não respeita limites geográficos e são assim considerados como danos transfronteiriços e difusos.

Para tanto, diante da necessidade de se proteger os bens ambientais, a comunidade internacional mobilizou-se no sentido de promover instrumentos de proteção que visassem, a princípio, a preservação dos espaços territoriais virgens e as espécies de relevante interesse e em risco de extinção. Posteriormente, incluiu-se nessa esfera a defesa dos ecossistemas e de toda a biodiversidade.

Considerando a origem próxima do direito ambiental, pode-se dizer que em apenas um século a evolução legislativa ambiental apresentou-se de forma muito significativa. Passou-se a interessar pela proteção ao meio ambiente de forma holística, ou seja, os bens ambientais deixaram de ter um caráter local ou regional (individuais) e passaram a ser considerados bens transindividuais<sup>97</sup>.

---

97 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Em virtude de tal fato, nas últimas décadas, vários tratados internacionais foram firmados. Os primeiros acordos (proteção à pesca) tinham como objetivo a proteção de determinados ecossistemas (focas e baleias), mas ainda sob um viés econômico e comercial, considerando a fauna resumidamente como mercadoria.

Posteriormente, o primeiro documento com enfoque na proteção ambiental global ocorreu em 1923, em Paris, onde foi realizado o primeiro Congresso Internacional para a proteção da natureza. Houve uma efetiva implementação de uma legislação de cunho predominantemente ambientalista.

Em 1933, na cidade de Londres, foi promovida e votada a Convenção relativa à preservação da fauna e da flora africanas em estado natural, o primeiro tratado formal nessa perspectiva. Estas normas de proteção permitiram o uso e manejo sustentável dos bens. Já as normas de preservação tornaram os recursos ambientais protegidos intocáveis, não permitindo a apropriação dos bens ambientais para atividades poluidoras ou potencialmente degradadoras.

Também em Londres, em 1954, foi formalizada a Convenção Internacional para a preservação da Poluição do Mar por Óleos, o que constituiu o primeiro documento de preservação dos recursos ambientais. Todavia, ainda não existia uma consciência do ambiente sob uma perspectiva integral, mas apenas pela abordagem econômica<sup>98</sup>. A partir de tais eventos, o direito ambiental internacional, em sua lenta e gradual cadeia evolutiva para a defesa do ecossistema ecologicamente equilibrado, foi paulatinamente desligando-se do objetivo único de proteger os monumentos naturais ou construídos pelo homem para se concentrar na defesa do conjunto de *habitats* ocupados pelas espécies ameaçadas de extinção<sup>99</sup>.

Mas foi em 1972, como consequência da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, que foi realizada a Conferência de Estocolmo, na qual se estabeleceu, de forma cristalina, que o homem tem direito fundamental a uma vida saudável, num ambiente de qualidade, isto é, direito a usufruir de uma vida digna, com bem-estar.

---

98 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

99 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

Assim, a Conferência de Estocolmo Sobre Meio Ambiente Humano se tornou uma das mais importantes tentativas de se estabelecer parâmetros de orientação de normas internacionais de proteção ambiental. Com ela, iniciou-se um debate global sobre meio ambiente e suas implicações dentro de um contexto internacional. Houve a inserção e o envolvimento dos Estados nas questões relativas ao ambiente, no intuito de nivelar, num mesmo discurso, desenvolvimento, crescimento econômico e defesa ambiental<sup>100</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi o documento que consagrou uma ética universal no sentido de se criar um consenso sobre valores de cunho universal a serem respeitados por todos os Estados. O principal valor para delinear essa ordem pública universal foi o respeito à dignidade humana, o que implica o direito de viver em um ambiente são e equilibrado.

Ademais, essa Declaração elencou direitos civis, políticos, econômicos e sociais. Com isso, houve a introdução de uma noção contemporânea de direitos humanos, em que esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível, ou seja, acolhe-se a ideia de cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos eles essencialmente complementares e interativos.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os direitos humanos se converteram em tema de legítimo interesse internacional, o que fez com que os Estados se submetessem a um controle por meio de uma comunidade internacional<sup>101</sup>.

Portanto, a Conferência Sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo foi o alicerce para a construção do artigo 225 da Constituição da República

---

100 Nesse sentido, inúmeros documentos e encontros internacionais vêm sendo elaborados, erigindo o direito a um meio ambiente sadio como um dos direitos humanos fundamentais, haja vista ser uma extensão do direito à vida, considerado como o direito humano primordial, pois “o gozo do direito à vida é uma condição necessária do gozo de todos os demais direitos humanos” KÄSSMAYER, Karin. Desenvolvimento sustentável como princípio fundamental dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p. 221.

101 Assim declara o Princípio 1 da Conferência Sobre Meio Ambiente Humano: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras gerações (...)”.



Federativa do Brasil de 1988<sup>102</sup>. Para tanto, a Declaração aprovada estabeleceu vinte e seis princípios que ressaltam a importância do direito à dignidade e ao bem-estar. Também alicerçou vários outros expressivos encontros internacionais e possibilitou que a postura ambiental fosse adotada constitucionalmente nos países, como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem. Ela reconheceu o meio ambiente como direito fundamental do ser humano<sup>103</sup>.

Com isso, vários seminários sobre estilos alternativos de desenvolvimento foram efetuados. Como consequência direta da Conferência de Estocolmo, foi institucionalizado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA – que objetivou promover a conservação do Meio Ambiente e o uso eficiente dos recursos naturais e a aprovação da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano.

Além desses, também como resultado dos debates, originou-se o Relatório Brundtland em 1987, dentre outros. Portanto, pode-se verificar que o meio ambiente necessita de uma proteção maior<sup>104</sup>.

Compreendendo essa inter-relação entre meio ambiente e desenvolvimento, este se expressa como um direito humano, na medida em que engloba a noção de condições mínimas para a existência de uma vida digna<sup>105</sup>.

A implementação do direito ao desenvolvimento constitui a base para o fortalecimento de outros direitos previstos na Declaração Universal dos

---

102 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

103 KÄSSMAYER, Karin. Desenvolvimento sustentável como princípio fundamental dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p. 221-242.

104 Segundo as palavras de MACIEYWSKI, Fabiano Neves. Universalidade humana e ambiental. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**, volume I. Curitiba: Juruá. 2010. p. 183 “Sem cuidado com o meio ambiente, não haverá soberania, não haverá autodeterminação dos povos, não haverá respeito, não haverá mercado, consumidores, globalização, não haverá dignidade, não haverá vida, não haverá futuro”.

105 Nesse sentido, o direito ao desenvolvimento é qualificado como um direito humano inalienável, estando todas as pessoas e todos os povos habilitados à participação do desenvolvimento econômico, social, cultural e político de seu país. Aos Estados cabe, por sua vez, fomentar políticas que implementem tal desenvolvimento. KÄSSMAYER, Karin. Desenvolvimento sustentável como princípio fundamental dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p. 237.

Direitos Humanos, como o direito à saúde, à qualidade de vida, à liberdade, à moradia, bem como detém a pobreza e a discriminação<sup>106</sup>.

Desta forma, constata-se que o direito ao meio ambiente e o direito ao desenvolvimento consolidam-se como direitos humanos interdependentes e inseparáveis, conceitos muito bem interligados pela Convenção de Estocolmo<sup>107</sup>.

## 2 Meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito humano fundamental

É necessário compreender que existe uma relação inafastável entre determinados direitos e o quadro dos direitos humanos. A relação existente entre meio ambiente ecologicamente equilibrado e direitos humanos fundamentais (especialmente os direitos à vida e à saúde) precisam ser interpretados sob uma visão unificada, uma vez que a limitação de um direito humano pode impedir a fruição de outro direito também essencial.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos visa garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. Por sua vez, ao focar o seu objeto nesses direitos, revela um conteúdo materialmente semelhante ao instrumento constitucional, ou seja, os direitos fundamentais. Essa interação entre Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como resultado uma relação interdisciplinar que pode ser denominada como Direito Constitucional Internacional. Nesse instituto ocorre a fusão dessas duas disciplinas, interação esta que assumirá caráter peculiar quando essas

---

106 Como bem observa Mariana Almeida Passos de Freitas, o direito ao desenvolvimento possui grande relevância e não é passível de ignorância. Na maioria das vezes é pensado apenas pelo lado econômico, estando ligado sempre à expansão comercial e sendo medido por meio do Produto Nacional Bruto. Entretanto, o direito ao desenvolvimento é muito mais amplo que isso, pois ele abrange não só o lado econômico, mas também a educação, o lazer, o nível de escolaridade, saneamento básico e, como não poderia deixar de ser, a proteção ambiental. É por todos esses motivos que o direito ao desenvolvimento é um direito humano; sem ele, não há dignidade da pessoa humana. (FREITAS, 2010, p.254).

107 KÄSSMAYER, Karin. Desenvolvimento sustentável como princípio fundamental dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p. 221-242.

duas perspectivas passam a abordar e resguardar um mesmo valor, qual seja, a primazia da pessoa humana<sup>108</sup>.

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico da democratização da sociedade, ampliou de forma intensa o âmbito dos direitos e garantias fundamentais, destacando em seu artigo 1º, incisos III, a dignidade da pessoa humana como fundamento e finalidade principais do Estado e da sociedade, bem como princípio norteador de toda ordem jurisdicional.

Sob esse prisma, os direitos humanos passam a ser percebidos por meio de suas múltiplas conexões, ou seja, relacionam-se diretamente com o ser humano, mas também com as suas necessidades materiais e imateriais em consonância com uma vida digna.

Nas civilizações contemporâneas, não há mais espaço para uma análise cartesiana destinada a separar conceitos internacionais e nacionais, proteção ao meio ambiente e proteção aos direitos humanos<sup>109</sup>.

Dentre os princípios gerais do Direito Ambiental encontra-se o princípio do direito à sadia qualidade de vida, provando que não há como negar a devida proteção do direito à vida e à saúde, presentes tanto nos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos como nos de proteção ambiental.

A Declaração de Estocolmo instituiu princípios básicos do Direito Ambiental. A partir dela, as Constituições dos Estados passaram a conferir aspectos protetivos ao ambiente, sendo por isso um marco internacional de proteção ambiental<sup>110</sup>.

---

108 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

109 Sob esse ponto nos chama atenção SERAFINI, Leonardo Zagonel. Meio ambiente e direitos humanos: uma perspectiva integral. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010, p. 148: Ocorre que tal abordagem, tanto na perspectiva dos direitos humanos, como do meio ambiente, desconsidera o fato de que a maior parte dos problemas ambientais vivenciados atualmente decorrem de graves violações de direitos humanos. Em sentido semelhante, podemos afirmar que grande parte das violações de direitos humanos tem como origem a degradação do meio ambiente.

110 Nesse sentido, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção Internacional dos [Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Cuiabá, Ano 1, n. 1, p. 169-196, jan.-jun. 2007. p. 178: Por ter materializado os ideais comuns da sociedade internacional no que toca à proteção internacional do meio ambiente, a Declaração de Estocolmo de 1972 abriu espaço para que esses temas, antes afetos ao domínio exclusivo e absoluto dos Estados, pudessem passar a ser tratados dentro de uma perspectiva global, notadamente ligada à proteção internacional dos direitos humanos. Antes da Conferência de

Influenciada pela Declaração de Estocolmo, a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>111</sup> positivou no artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, indo além da perspectiva de direitos humanos<sup>112</sup>.

Segundo o texto constitucional brasileiro, o meio ambiente é um direito humano fundamental, reconhecendo-o essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, o vincula ao mínimo existencial do ser humano.

Considerou o constituinte brasileiro que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um uma condição *sine qua non* do direito à vida. Assim, o distanciamento demonstrado entre o homem e a natureza levou os países a positivarem o meio ambiente como direito fundamental, estabelecendo-se um complexo de direitos e deveres, dentre eles o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Por ser complexo, abrange múltiplas vertentes, tanto no viés defensivo quanto na função prestacional. O indivíduo, na condição de cidadão, torna-se titular do direito ao ambiente são e, ao mesmo tempo, um sujeito ativo na proteção deste.

---

Estocolmo, o meio ambiente era tratado, em plano mundial, como algo dissociado da humanidade. A Declaração de Estocolmo de 1972 conseguiu, portanto, modificar o foco do pensamento ambiental do planeta, mesmo não se revestindo da qualidade de tratado internacional, enquadrando-se, ao lado das várias outras declarações memoráveis das Nações Unidas – de que são exemplos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (no campo dos direitos humanos) e a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (na esfera da proteção internacional do meio ambiente) – no âmbito daquilo que se convencionou chamar de *soft law* ou *droit doux* (direito flexível), governado por um conjunto de sanções distintas das previstas nas normas tradicionais, em contraponto ao conhecido sistema do *hard law* ou *droit dur* (direito rígido).

111 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

112 Salienta SERAFINI, Leonardo Zagonel. Meio ambiente e direitos humanos: uma perspectiva integral. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010, p.149: “O direito à vida é universalmente reconhecido como um direito humano básico, cujo gozo é condição necessária de gozo de todos os demais direitos humanos. O mesmo se diz do direito à saúde, pois sua privação impede a realização plena do ser humano. Assim, sendo o direito a um meio ambiente equilibrado condição para uma vida saudável, torna-se evidente que o gozo daqueles direitos (vida e saúde) depende diretamente da manutenção da qualidade ambiental. E a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado em um contexto onde a população não consegue exercer os direitos básicos do ser humano, tais como: acesso à água, ao alimento, a uma moradia salubre, não tem sentido no atual contexto social global”.

Uma vez reconhecido o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, sua defesa passa a ser finalidade do Estado e obrigação da sociedade, de forma a garanti-lo como formalmente reconhecido e preexistente ao próprio Estado<sup>113</sup>.

O marco principal dessa internalização de normativas é a Constituição, que positiva esses direitos e os assegura como fundamentais, para protegê-los do arbítrio do legislador. Por serem erigidos ao status de fundamentais, possuem supremacia normativa e, conseqüentemente, aplicabilidade imediata decorrente da condição de norma fundamental.

O Direito Ambiental encontra a sua base normativa no artigo 225 da Constituição da República, inserido no Capítulo VI do Título III denominado da Ordem Social. Embora não figure no artigo 5º, é reconhecido como direito fundamental, uma vez que objetiva garantir a sadia qualidade de vida e a própria vida humana. Assim, as normas ambientais compõem um sistema jurídico aberto, mas que mantêm a sua unidade com suporte no princípio da dignidade da pessoa humana.

As normas que garantem o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por assegurarem direitos (dentre eles a preservação da própria vida humana), não dependem de regulamentação e são diretamente aplicáveis. A fundamentabilidade desses direitos decorre do seu reconhecimento na Constituição da República de 1988, onde assume um caráter de direito formal e materialmente fundamental.

Nesse contexto, pode-se considerar que os direitos fundamentais são aqueles considerados basilares ou os alicerces dos demais direitos não constantes de seu bojo. Diante dessa constatação, percebe-se que o direito ambiental brasileiro é um sistema aberto e em constante mutação, tanto em relação aos seus princípios como em seus conceitos.

Ao ser constitucionalizado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado suplanta a categoria de direito humano (com normas mais programáticas) para a categoria de direito fundamental. Sem perder, contudo, seu caráter humanitário, o direito ao ambiente sadio ganha mais robustez e uma exigibilidade mais imediata.

---

113 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Assim, a legislação constitucional impõe ao Poder Público determinadas medidas obrigando-o, em maior ou menor grau, à adoção de políticas públicas que permitam maiores garantias à proteção ao meio ambiente uma vez que as normas constitucionais são dotadas de eficácia.

Dessa forma, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado passa a ter uma dimensão essencialmente objetiva, ou seja, a conservação do equilíbrio ambiental para uma tutela plurissubjetiva. Para tanto, o destinatário da norma que é o Poder Público, que tem o dever de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações, em detrimento dos interesses unicamente individuais<sup>114</sup>.

Portanto, mister afirmar que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos instrumentos jurídicos atuais que visam assegurar uma vida digna e saudável e por essa razão elevado ao status de direito fundamental da humanidade.

### **3 A mitigação da soberania dos Estados pela introjeção do princípio da cooperação sob o prisma de uma fraternidade universal**

Em virtude da titularidade coletiva do meio ambiente e de seus aspectos transfroteiriços, principalmente no tocante aos impactos e danos ambientais, percebeu-se a necessidade de certo envolvimento e cooperação entre os países em prol da preservação ambiental.

A partir do momento que o meio ambiente passou a ser compreendido como um direito humano (conjunto de recursos naturais e suas relações com o homem), reconheceu-se que os direitos humanos só podem ser efetivados se inseridos em um ambiente apropriado. Tal fato impõe aos indivíduos a solene obrigação de proteger e melhorar a qualidade do seu *habitat*.

---

114 Nesse sentido de uma dimensão objetiva, afirma TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 92: “O fundamento para tal assertiva é que o direito ao ambiente dá maior relevância ao objeto – qualidade ambiental – em detrimento dos poderes e faculdades dos indivíduos. O direito fundamental trata de limitação de direitos individuais em prol dos da humanidade”.

Assim, os Estados começaram a perceber que, sozinhos, não seriam capazes de solucionar seus problemas, necessitando se associarem para ganharem maior força, mesmo que para isso fosse necessária a relativização de parte de sua soberania.

Nesse contexto, o conceito de soberania não é mais concebível como sinônimo de ilimitado e incontestável. O cenário global exige um conceito mais maleável, introjetado pelos princípios de cooperação e solidariedade dos Estados, permitindo a cessão parcial interna do poder soberano em casos extremos<sup>115,116,117</sup>.

Ademais, a Constituição Federal de 1988<sup>118</sup> estabelece, em seu artigo 4º, IX, como um dos princípios norteadores das suas relações internacionais a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.” Dessa forma, a matéria ambiental na seara da cooperação internacional é celebrada mediante acordos e tratados que possuem como objetivo a preservação ambiental interna e no plano das relações internacionais<sup>119</sup>.

---

115 No mesmo sentido, RIBAS, Giovanna Paola Primor. O tratamento jurídico dos recursos hídricos no Brasil e nos Estados Unidos da América. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 13, n. 27, 2016, p. 181 afirma “o meio ambiente ecologicamente equilibrado é enquadrado, pelos especialistas, como um direito humano de terceira geração, recentemente chamado de Direito de Solidariedade”.

116 Corroborando tal entendimento, o princípio nº 5 da Declaração do Rio – 92 assim determina: Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

117 Por cooperação, nas palavras de GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Soberania, cooperação e o direito humano ao meio ambiente. *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; Bulzico, Bettina Augusta Amorim (org.). **Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia**. Unijui. Ijuí, 2010, p. 62: “deve-se entender a atividade conjunta e solidária de diversos Estados em prol da preservação do meio ambiente, o que implica a interferência de parte da soberania de cada um, buscando o combate eficaz aos efeitos devastadores de atividades nocivas”.

118 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

119 Nesse sentido, GRANADOS, Fidel García. La tutela efectiva de los derechos ambientales. El derecho mexicano frente a La Convención de Aarhus. **Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública**. v. 3. n. 6. Jul. 2010, p. 141 dispõe sobre essas relações:  
*El derecho internacional solo há podido avanzar en la medida en que sus postulados se introducen en los ordenamientos jurídicos nacionales. El derecho interno para la protección al ambiente, por su parte, carece de sentido si no se proyecta en el campo internacional, pues los compromisos que se asumen a través de los tratados y acuerdos internacionales sobre la protección al ambiente, por lo*

Assim, após a segunda metade do século passado, verificou-se a proliferação de organizações internacionais criando um “associacionismo” internacional. A solidariedade ou o associacionismo internacional se propõe como algo maior, norteador do comportamento dos Estados, em prol de uma sociedade mais sustentável<sup>120</sup>.

É essa titularidade coletiva do bem ambiental que dá ensejo à cooperação e ao engajamento de todos os atores da comunidade internacional (Estados, organismos internacionais e sociedade) na sua efetiva proteção.

Percebeu-se que a solução dos problemas ambientais e humanos só poderá ser alcançada mediante uma cooperação solidária que efetive realmente esse ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Esse consiste no direito que toda a humanidade possui de desfrutar de condições de vida adequadas que permitam levar uma vida digna e de bem-estar<sup>121</sup>.

Assim, somado a esse aspecto, pode-se afirmar que toda a humanidade é titular desse direito humano de caráter difuso e de vocação comunitária. A preservação e utilização dos recursos naturais passam a ser prerrogativas de toda a humanidade e o seu exercício só pode ser concebido a partir do contexto da pessoa humana inserida na coletividade, compreendida numa órbita de solidariedade e fraternidade.

Tal fato torna a proteção do meio ambiente como um poder-dever de todos para com todos seus pares e demonstra que o valor supremo do Direito Internacional Ambiental tem de ser o viés humanitário, sob o prisma de uma fraternidade universal entre todos os seres das presentes e futuras gerações<sup>122</sup>.

---

*general, se llevan a la práctica en el marco de la legislación ambiental interna, a la que se remiten los respectivos instrumentos internacionales.*

120 GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Soberania, cooperação e o direito humano ao meio ambiente. *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; Bulzico, Bettina Augusta Amorim (org.). **Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia**. Unijui. Ijuí, 2010. p.49-70.

121 Sobre o meio ambiente enquanto direito humano e ao objeto a ser tutelado por suas normas, GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Soberania, cooperação e o direito humano ao meio ambiente. *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; Bulzico Bettina Augusta Amorim (org.). **Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia**. Unijui. Ijuí, 2010, p. 60 defendem: “Sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um objeto de ampla conceituação, é importante que seja envolto de proteção em todas as suas vertentes, principalmente no que tange à sua dimensão natural e sociocultural, com o intuito de assegurar a dignidade da pessoa humana”.

122 GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Soberania, cooperação e o direito humano ao meio ambiente. *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; Bulzico Bettina Augusta Amorim (org.). **Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia**. Unijui. Ijuí, 2010. p. 49-70.



## Considerações finais

No presente estudo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi considerado como um direito fundamental e relacionado aos ditames do direito constitucional e do direito ambiental. Sob esse enfoque, demonstrou-se a necessidade desse direito ser considerado uma norma de aplicabilidade imediata, para sua efetiva aplicabilidade.

Além dos aspectos jurídicos, por meio de uma breve digressão história da evolução da proteção ambiental, pretendeu-se apresentar a sistematização que foi sendo dada ao direito ambiental sob uma perspectiva comunitária e universal. Cada vez mais a humanidade e o Poder Público precisam atuar conjuntamente na defesa de um ecossistema saudável.

Hodiernamente a sociedade demonstra ser a guardiã dos bens ambientais e exige do Estado o seu papel institucional. Somente assim será possível sustentar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um novo direito, embasado em normas e princípios fundamentais como o da função ambiental, da sadia qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana.

É sabido que a vida saudável relaciona-se diretamente com as condições de um ambiente hígido. A necessidade de um equilíbrio ambiental se faz premente e a noção de solidariedade entre as presentes e futuras gerações se torna indispensável.

No âmbito internacional foi destacada a evolução dos documentos relativos à proteção ambiental e o alerta para o mundo das péssimas condições do planeta. Significa dizer que o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito de interesse transindividual, que suplanta as fronteiras.

Hoje, percebe-se que o homem, mesmo sendo ainda o centro da criação, tem mais compromissos com a natureza do que direitos. Nesse sentido, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consubstancia-se na obrigação de poupar recursos ambientais sob uma perspectiva de uma solidariedade transgeracional.

Ademais, apresentou-se com grande relevância que o fundamento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são os direitos humanos por meio da matriz dignidade da pessoa humana. Esta deve ser a baliza norteadora de qualquer política ambiental ou programa de desenvolvimento entre os Estados.

Portanto, no Estado Ambiental que se pretende construir, o novo amparo constitucional deve ser focado em um pacto harmonioso entre o homem e a natureza, que poderia ser denominado como um contrato em favor do ambiente. Quando o ordenamento jurídico reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, sua intenção é a de certamente atribuir-lhe maior efetividade e aplicabilidade.

Como a situação de desequilíbrio ambiental é universal, mostrou-se a necessidade dos Estados soberanos se organizarem na busca de soluções comuns para os problemas ambientais enfrentados, uma vez que esses são transfronteiriços. Esse associacionismo se estabelece à luz do princípio da cooperação.

Somente por meio de uma fraternidade universal será possível preservar, recuperar e melhorar o ecossistema global. O meio ambiente é inerente a toda a humanidade, por isso a atuação conjunta da comunidade internacional é de extrema relevância para a prevenção dos danos ambientais. Somente assim será possível conciliar os três institutos: cooperação, soberania e direito humano.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma prerrogativa indispensável para a vida. Seu reconhecimento, enquanto direito da pessoa humana e direito fundamental, é essencial para o desenvolvimento de uma consciência protetiva ambiental de todos os seres humanos para com seus iguais.

Dessa forma, o direito internacional ambiental só assume a sua real dimensão quando utilizado conjuntamente com o direito ambiental interno. A solução dos problemas ambientais e humanos só poderá ser alcançada mediante uma cooperação solidária que efetive realmente esse ambiente saudável e ecologicamente equilibrado como o sustento de uma vida digna.

## Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Fabris, 1993.

FREITAS, Mariana Almeida Passos de. O Desenvolvimento sustentável dentro de uma perspectiva de direitos humanos e direito ambiental internacional. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p. 243-255.

GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim. Soberania, cooperação e o direito humano ao meio ambiente. *In*: GOMES, Eduardo Biacchi; BULZICO, Bettina Augusta Amorim (org.). **Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia**. Unijui. Ijuí, 2010. p. 49-70.

GRANADOS, Fidel García. La tutela efectiva de los derechos ambientales. El derecho mexicano frente a La Convención de Aarhus. **Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública**. v. 3. n. 6. p. 129-240. Jul. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/adriana/Downloads/Dialnet-LaTutelaEfectivaDeLosDerechosAmbientalesElDerechoM-3863530.pdf>. Acesso em: 24 set 2019.

GRUBBA, Leilane Serratine. Direito ambiental e humano: a complexidade na questão da água. **Revista Veredas do Direito**. v.9, n.18 julho/dezembro, 2012. p. 37-55. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/333/218>. Acesso em: 24 set 2019.

KÄSSMAYER, Karin. Desenvolvimento sustentável como princípio fundamental dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p. 221-242.

MACIEYWSKI, Fabiano Neves. Universalidade humana e ambiental. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá. 2010. p.182-190.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção Internacional dos |Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia**

**legal de estudos sócio-jurídico-ambientais.** Cuiabá, Ano 1, n. 1, p. 169-196, jan.-jun. 2007.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 24 set 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBAS, Giovanna Paola Primor. O tratamento jurídico dos recursos hídricos no Brasil e nos Estados Unidos da América. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 13, n. 27, 2016. p. 179-207. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/838/522>. Acesso em: 24 set 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SERAFINI, Leonardo Zagonel. Meio ambiente e direitos humanos: uma perspectiva integral. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos.** v. I. Curitiba: Juruá, 2010. p.147-165.

SILVA, Rodrigo Zouain da. Os desafios do direito ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro. **Revista Veredas do Direito.** v. 9, n.18 julho/dezembro, 2012. p. 57-87. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/238/231>. Acesso em: 24 set 2019.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/damiao\\_hist\\_social\\_dh.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/damiao_hist_social_dh.pdf). Acesso em: 24 set 2019.

UNEP – United Nations Environment Programme; environment for development. Declaração da conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano. Estocolmo: 1972. Disponível em: [http://apambiente.pt/\\_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972\\_Declaracao\\_Estocolmo.pdf](http://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf). Acesso em: 24 set 2019.



# **A função social da propriedade rural como meio para o desenvolvimento sustentável**

The social function of rural property as a means for sustainable development

## **Fernanda Chaveiro da Silva**

Mestre em Agronegócio pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Civil e Empresarial. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Atualmente é professora da graduação e da pós-graduação da Faculdade Lions (Goiânia-GO). Participa do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade da Universidade de Brasília (UnB).

E-mail: [fernandachaveiro89@hotmail.com](mailto:fernandachaveiro89@hotmail.com)

## **Dinalva Donizete Ribeiro**

Possui graduação em Geografia pela Universidade Federal de Goiás, Mestrado em Geografia, com área de concentração em Desenvolvimento Regional e Planejamento Ambiental, pela UNESP/ Presidente Prudente e Doutorado em Geografia, com área de concentração em Ordenamento Territorial e Ambiental, pela Universidade Federal Fluminense. É professora Associada da Universidade Federal de Goiás.

E-mail: [dinalvadr@gmail.com](mailto:dinalvadr@gmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a situação agrária do estado de Goiás, o agronegócio e a função social dos imóveis rurais perante a reforma agrária. Defende-se a ideia de que o conceito de função social e sua concretização servem como meio para se promover e alcançar o desenvolvimento sustentável no meio rural, porque os conceitos de ambos os fenômenos são semelhantes. A partir dos instrumentos do Direito foram estudados os requisitos que, concomitantemente, as propriedades rurais devem apresentar para que estejam cumprindo a sua função social. A pesquisa mostra que, em Goiás, a desapropriação de terras pela União pelo não atendimento à função social da propriedade e sua destinação à reforma agrária está comprometida no Brasil devido a não observância pelo Incra de todos os requisitos que compõem a função social.

**Palavras-chave:** Desapropriação. Socioambientalismo. Imóvel agrário. Ineficácia constitucional.

**Abstract:** The objective of this work is to examine the agrarian situation of the state of Goiás, the agribusiness and the social function of rural homes in the face of agrarian reform. It is defended the idea that the concept of social function and its fulfillment serve as a means to promote and achieve sustainable development in the rural environment, because the concepts of both phenomena are similar. From the instruments of law, the requirements that rural properties have to meet in order to fulfill their social function. The research shows that, in Goiás, land expropriation by the Union for not attending to the social function of property and its destination for agrarian reform is compromised in Brazil due to INCRA's failure to comply with all the requirements that make up the social function.

**Keywords:** Expropriation. Socioambientalismo. Agricultural property. Constitutional inefficiency.

## **Introdução**

A reforma agrária é um instituto do Direito Agrário brasileiro que está intimamente ligado à questão agrária. Ambos se reportam à estrutura agrária de determinado território. O primeiro implica uma proposta política de renovação da estrutura fundiária por meio de mudanças na distribuição da propriedade, já a segunda reflete uma determinada leitura de problematização



da estrutura de propriedade, posse e uso da terra, historicamente identificada, por sujeitos sociais determinados<sup>123</sup>.

Em boa parte, os problemas que envolvem a questão agrária brasileira são resultados do processo de expansão do capitalismo no meio rural, inseridos pela lógica produtiva do agronegócio, que se deu por intermédio da modernização da agricultura após 1960. O termo agronegócio (*agribusiness*) foi criado no ano de 1957 por John Davis e Ray Goldberg e refere-se a um conjunto de sistemas que compreende a agricultura e pecuária, a indústria, o mercado, o capital e o trabalho, ou seja, é a soma das operações de produção e distribuição dos produtos agrários<sup>124</sup>.

Baseado na produção de monoculturas em grandes extensões de terras voltadas à exportação, o agronegócio é, portanto, um modelo de desenvolvimento do meio rural. Com o objetivo de atender as demandas geradas pelo capital, esse modelo tem como características principais a intensificação da produtividade e a incorporação de tecnologias, alterando o arranjo produtivo e social no campo<sup>125</sup>.

A imagem do agronegócio tem sido construída para renovar a imagem da agricultura capitalista, numa tentativa de ocultar o caráter concentrador, predador, expropriatório e excludente, dando relevância somente ao caráter produtivista. Nesse sentido, a expansão do capitalismo no meio rural tem negado, numa prática de exclusão social e produtiva, outras possibilidades e formas de produção agrícola<sup>126</sup>, sendo a reforma agrária um dos principais

---

123 DELGADO, Guilherme Costa. Questão Agrária Hoje. **Revista Questão Agrária e Desigualdades no Brasil**. v. 01, nº 02, out./mai. ABRA, 2014.

124 FERNANDES, Bernardo Mançano. Territórios da questão agrária: campesinato, reforma agrária e agronegócio. **Revista Reforma Agrária**, v. 34, nº 2, jul./dez. ABRA, 2007. p. 77-94. [http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/questao\\_agraria.htm](http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/questao_agraria.htm). Acesso em: 16 set. 2019. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

125 SILVA, Sheila Braz Cristino e MENDONÇA, Marcelo Rodrigues. Campesinato, Agricultura Familiar e Agronegócio: Disputas e Conflitos. **XXI Encontro Nacional de Geografia Agrária: Territórios em Disputa: Os desafios da Geografia Agrária nas contradições do desenvolvimento brasileiro**. Uberlândia, 2012. p. 01-15. Disponível em: [http://www.lagea.ig.ufu.br/xxlenga/anais\\_enga\\_2012/eixos/1394\\_1.pdf](http://www.lagea.ig.ufu.br/xxlenga/anais_enga_2012/eixos/1394_1.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

126 CARVALHO, Horácio Martins de. A contra reforma agrária e o aumento das desigualdades sociais no campo. **Revista Questão Agrária e Desigualdades no Brasil**. Ano 35. v. 01, nº 02. ABRA, 2014. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

mecanismos políticos para o enfrentamento dessa situação, atendendo aos princípios da justiça social, do desenvolvimento rural sustentável e da viabilidade econômica dos assentamentos.

Dada a natureza deste estudo, o método dialético nos parece ser o mais apropriado para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade. A abordagem qualitativa foi utilizada para guiar as indagações mais amplas que vão se esclarecendo no decorrer da investigação por diversos caminhos, tais como: a pesquisa teórica e a pesquisa documental.

Destá forma, tem-se como objetivo compreender os requisitos constitucionais da função social da propriedade rural e saber se eles estão sendo cumpridos ou não no estado de Goiás.

## 1 A função social no Direito brasileiro

Antes da chegada dos portugueses, o uso da terra no Brasil sempre foi comunal, uma vez que os indígenas repartiam os frutos de uma produção de subsistência. Esses primeiros “habitantes do território brasileiro não praticavam a apropriação individual da terra. Tampouco conheciam a ideia de propriedade privada. A terra era concebida como a grande mãe, de onde se retirava o sustento”<sup>127</sup>.

Porém, com a vinda da Coroa Portuguesa, a propriedade da terra foi efetivamente se consolidando, iniciando-se por um processo econômico e político de exploração e manutenção do poder com a concessão de sesmarias e, posteriormente, pela promulgação da Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras), restringindo a propriedade da terra somente àqueles que a adquirissem por meio da compra, impedindo o acesso à propriedade aos negros, indígenas e imigrantes<sup>128</sup>.

---

127 SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2007, p. 22. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.

128 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade**: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. p. 147. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

Além de conferir ao Estado o controle sobre o território, o objetivo principal da Lei de Terras foi garantir o monopólio da terra e a oferta de mão de obra aos grandes latifundiários, confirmando a estrutura fundiária brasileira concentradora e excludente. A terra passou a ser apropriada como bem de produção e acumulação capitalista, transformada em mercadoria e, como consequência, o direito de propriedade passou a ser um direito individual subjetivo, podendo o proprietário usar e gozar do bem apropriado de modo absoluto e exclusivo, desconsiderando sua legitimação pelo trabalho ou pela necessidade de sobrevivência e desenvolvimento coletivo<sup>129</sup>.

Internacionalmente, um dos marcos dessa concepção de propriedade foi inaugurado pelo Código Civil Francês de 1804. Também conhecido como Código de Napoleão, no estatuto francês, a propriedade era definida como o direito de usar e dispor da coisa da maneira mais absoluta, ou seja, o sujeito detentor do título proprietário tinha o direito de usar, gozar e dispor da coisa apropriada da forma que entendesse mais conveniente<sup>130</sup>.

Essa concepção de propriedade passou a ser reproduzida pelas legislações liberais em outros países, como a constituição Portuguesa de 1822 e o Código Civil brasileiro de 1916, fortalecendo o caráter absoluto do direito de propriedade implementada pela Lei de Terras.

O Código representa o cume de um amplo processo de organização da propriedade privada. Reportando ao conceito romano, o art. 524 assegurava “ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. A extensão do direito de propriedade alcançava o espaço aéreo e o subsolo em toda altura e em toda profundidade úteis ao seu exercício (art. 526), além do que “os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário” (art. 528).

---

129 FIDELES, Júnior Divino. **A justa indenização nas desapropriações agrárias e como se formam as superindenizações**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/4155>. Acesso em: 16 set. 2019.

130 SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.

Não bastasse, o Código frisava que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário” (art. 527)<sup>131</sup>.

De acordo com Santos<sup>132</sup>, no regime jurídico instituído pelo Código Civil de 1916, o direito à apropriação individual subjetiva foi elevado à categoria mais alta das relações patrimoniais, impedindo a intervenção do Estado no domínio privado, fortalecendo a submissão da propriedade ao interesse individual e absoluto do proprietário, sem qualquer referência com a sua função social.

Em objeção a esse tipo de apropriação, entre o final do século XIX e início do século XX, o filósofo francês Leon Duguit propôs a ideia de funcionalização da propriedade. Nesse sentido, a propriedade não seria mais um direito subjetivo, mas sim uma função, na qual a legitimidade só seria possível se o bem fosse utilizado a serviço da coletividade, ou seja, os indivíduos só poderiam usar e desfrutar deste bem em proveito de todos, passando a propriedade a ter uma função social<sup>133</sup>.

A teoria da função social da propriedade proposta por Duguit ganhou cada vez mais força no universo jurídico que, juntamente com as ponderações filosóficas, econômicas e políticas, levou a uma completa redefinição do direito de propriedade<sup>134</sup>. Nessa perspectiva, “a apropriação privada de um bem se legitima pela destinação a ele conferida no interesse da coletividade [...]

---

131 SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2007. p. 85. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.

132 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. p. 139. Disponível em: <https://acervodigital.ufrpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

133 FIDELES, Júnior Divino. **A Justa Indenização nas Desapropriações Agrárias e Como se Formam as Superindenizações**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/4155>. Acesso em: 16 set. 2019.

134 SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.

mesmo admitida a propriedade privada, seu uso deve servir a uma finalidade ou interesse da coletividade e não apenas do particular proprietário”<sup>135</sup>.

Constitucionalmente, o primeiro texto legal brasileiro a fazer referência às relações de propriedade e interesse social foi a de 1934. Anteriormente, tanto a Constituição Imperial de 1824, quanto a Constituição Republicana de 1891, reformada em 1926, protegiam o direito de propriedade individual absoluto plenamente, não demonstrando qualquer preocupação com a utilização da propriedade em benefício da sociedade<sup>136</sup>. Para Santos<sup>137</sup>, no decorrer do século XX, a constitucionalização dos direitos sociais permitiu que a função social da propriedade se consolidasse nos sistemas jurídicos dos Estados nacionais, inclusive no Brasil. Influenciada pelas Constituições mexicana (1917) e alemã (1919), à Constituição brasileira de 1934 foi vinculado o direito de propriedade ao estudo do interesse coletivo, ainda que esse “texto não marcasse efetivamente o vínculo social, constata-se já a saliência do discurso social”, representando um grande avanço às constituições anteriores.

Promulgada em 05 de outubro, a Constituição Federal de 1988 foi o primeiro instrumento constitucional brasileiro a positivar expressamente o princípio da função social da propriedade, deixando o elemento social de ser meramente discursivo e passando a integrar o conceito do instituto. Essa alteração está relacionada ao modelo de Estado Democrático de Direito adotado, fundamentado no bem-estar social, na soberania, na cidadania,

---

135 FIDELES, Júnior Divino. **A justa indenização nas desapropriações agrárias e como se formam as superindenizações**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2014, p. 48-49. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/4155>. Acesso em: 16 set. 2019.

136 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

137 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. p. 131. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político<sup>138</sup>.

A constitucionalização da função social da propriedade passou a ser um vetor de reequilíbrio das desigualdades sociais, principalmente em se tratando no meio rural, pois além da propriedade ser economicamente viável, restou disposto que a função social somente será cumprida quando os elementos ambiental e social forem simultaneamente respeitados, conforme dispõe artigo 186.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores<sup>139</sup>.

Assim, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que para que o imóvel rural cumpra com sua função social é necessário que ele atenda aos requisitos de ordem econômica, ligada à boa utilização da terra; de ordem social, ao referir ao trabalho e o bem-estar dos que exploram a terra; e de ordem ambiental, com a conservação dos recursos naturais e preservação do meio ambiente. Todos esses requisitos são propostos no sentido de beneficiar não somente aqueles que trabalham na terra e dela tiram seu sustento, mas também toda a coletividade, garantindo a legitimidade do direito de propriedade, bem como um desenvolvimento sustentável.

O cumprimento da função social do imóvel rural é imprescindível para a promoção do desenvolvimento rural sustentável. O processo de desenvolvimento rural sustentável tem buscado um crescimento que possibilite a manutenção ou o aumento, ao longo do tempo, do conjunto de

---

138 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

139 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

bens econômicos, sociais e ambientais, proporcionando uma melhoria na qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte do meio ambiente<sup>140</sup>.

Embora existam inúmeras definições, a sustentabilidade pode ser analisada e caracterizada a partir de diferentes dimensões que são interdependentes, similares e impossível isolá-las. A *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD, 1993) considera que o desenvolvimento sustentável é composto pela análise do conjunto de três dimensões: a econômica, a social e a ambiental. Todos esses elementos encontram-se apoiados num processo institucional que varia de acordo com as formas de organização do governo, da sociedade civil e dos dispositivos da legislação<sup>141</sup>. Assim, embora o ordenamento jurídico brasileiro não utilize a expressão desenvolvimento sustentável, sua proteção jurídica é assegurada pelo instituto da função social da propriedade rural.

## 1.1 Do aproveitamento racional e adequado da exploração da terra

A produção agropecuária, além de ser estimulada e exigida legalmente, deve ser realizada de forma racional e adequada por meio de técnicas que contemplem a dignidade do trabalho e respeitem o meio ambiente<sup>142</sup>. Para que o imóvel rural possua uma dimensão econômica, é necessário que este atinja níveis satisfatórios de produtividade, atendendo, simultaneamente, duas exigências legais: uma de ordem quantitativa e, outra, de ordem qualitativa<sup>143</sup>.

---

140 ASSIS, Renato Linhares de. Desenvolvimento Rural Sustentável no Brasil: perspectivas a partir da integração de ações públicas e privadas com base na agroecologia. **Economia Aplicada**, v. 10, n.1, Ribeirão Preto. Jan./Mar. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-80502006000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502006000100005). Acesso em: 16 set. 2019.

141 FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: Dimensões e Métodos de Mensuração de Resultados. **DESENVOLVE: Revista de Gestão do Unilasalle**, Canoas, v. 3, n. 2, set. 2014. p. 158. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316>. Acesso em: 16 set. 2019.

142 BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A Função Social da Propriedade Rural Como Vetora da Promoção da Dignidade do Trabalho Humano no Campo**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp072501.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

143 CARVALHO, Édson Ferreira de. **Manual Didático de Direito Agrário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

Sob a perspectiva quantitativa, o Grau de Utilização da Terra (GUT) é o parâmetro utilizado para medir a percentagem da área total aproveitável do imóvel rural que deve ser cultivada<sup>144</sup>. Ele será calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável do imóvel. Legalmente, a área aproveitável será obtida por meio da diferença entre a área total e a área inaproveitável<sup>145</sup>.

Do ponto de vista qualitativo, o Grau de Eficiência na Exploração da Terra (GEE) é o parâmetro utilizado para aferir a eficiência na exploração da área efetivamente utilizada do imóvel rural, ou seja, a produtividade a ser obtida pelo agricultor não deve ser inferior aos índices médios de produtividade para cada produto e de acordo com as peculiaridades de cada região, previamente estabelecidos pelo Incra<sup>146</sup>.

O GEE é obtido pela soma das áreas exploradas por produtos vegetais e atividades pecuárias. A soma dos resultados obtidos será dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem). Os incisos I e II do §2º, do artigo 6º, da Lei nº 8.629/1993, estabelecem que para determinar a área equivalente dos produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento instituídos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea. Para se obter a área equivalente para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea<sup>147</sup>.

O artigo 6º da Lei 8.629/1993, considera aproveitamento racional e adequado a exploração do imóvel rural que atinja os graus mínimos de utilização e eficiência, devendo o primeiro não ser inferior a 80% (oitenta por cento) e o

---

144 CARVALHO, Édson Ferreira de. **Manual Didático de Direito Agrário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

145 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

146 CARVALHO, Horácio Martins de. A contra reforma agrária e o aumento das desigualdades sociais no campo. In: **Questão Agrária e Desigualdades no Brasil**. Ano 35. v. 01, nº 02. ABRA, 2014. Disponível em: <https://www.alainet.org/pt/active/76144>. Acesso em: 16 set. 2019.

147 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.



segundo igual ou superior a 100% (cem por cento)<sup>148</sup>. Alcançando esses índices, o imóvel rural será considerado produtivo. Caso contrário, a improdutividade enseja a falta de cumprimento da função social, preconizando a intervenção na propriedade por meio da desapropriação por interesse social.

## 1.2 Da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente

O segundo requisito para o cumprimento da função social do imóvel rural está assegurado no artigo 186, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e desdobra-se em duas exigências: a adequada utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente<sup>149</sup>.

Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade<sup>150</sup>, devendo o proprietário do imóvel rural evitar práticas agrícolas que, no decorrer do tempo, comprometam as características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais.

Já o artigo 9º, §3º, da Lei 8.629/93, considera preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas<sup>151</sup>.

---

148 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

149 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

150 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

151 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

Além da legislação infraconstitucional, o legislador constituinte originário assegurou a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”<sup>152</sup>.

Desta forma, a dimensão ambiental do imóvel rural se consolida na imposição de “deveres para atender a um fim coletivo pré-determinado, diretamente direcionado e vinculado à proteção do meio ambiente, caracterizando-se como um poder-dever do proprietário, com o fim de alcançar a sustentabilidade”<sup>153</sup>.

Diferentemente dos parâmetros estabelecidos para verificar se um imóvel rural é economicamente viável ou não, o requisito ambiental da função social da propriedade não traz elementos objetivos de mensuração e valoração<sup>154</sup>, devendo o aplicador da lei recorrer às normas legais a que estão submetidas a propriedade rural e a atividade agrícola, com o objetivo de garantir que a produção agropecuária esteja adequada às exigências sociais e às limitações naturais.

### **1.3 Observância das disposições que regulam as relações de trabalho**

Em se tratando de atividade agrária, tanto o legislador constituinte quanto o legislador infraconstitucional não se preocuparam apenas com a produtividade da terra ou com a preservação dos recursos naturais, mas também com o trabalho e com o trabalhador rural, conforme disposto no

---

152 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019

153 GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. Estudo Sobre a Função Social Ambiental da Propriedade Rural no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito do Agronegócio-RBD Agro**. Ano 4/5, nº 8, 9 e 10- jan./jul.2.012- jul./dez. 2.012- jan./jun. 2.013. São Gotardo: MG, 2015, p. 178.

154 BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A Função Social da Propriedade Rural Como Vetora da Promoção da Dignidade do Trabalho Humano no Campo**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp072501.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

artigo 186, inciso III, da Constituição Federal e no artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.629/1993, que estabelecem a observância das disposições reguladoras das relações de trabalho, implicam tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho como as disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais<sup>155</sup>.

O proprietário rural, enquanto investido de empregador, deverá aplicar e cumprir as normas legais que regulam as relações de emprego asseguradas na Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT); na Lei nº 5889/1973, que estatui as normas reguladoras do trabalho rural; nas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST); nas Orientações Jurisprudenciais do TST; na Norma Regulamentadora da Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura (NR1), entre outras.

O cumprimento dessas normas implica o respeito às leis trabalhistas, bem como aos contratos coletivos de trabalho. Para Carvalho<sup>156</sup>, essa exigência tem como objetivo principal evitar a exploração do homem pelo homem, para que o empregado não seja subordinado às condições de trabalho análogo à escravidão, ou mesmo para que não tenha alguns de seus direitos e garantias, legalmente assegurados, supridos por falta do cumprimento do contrato por parte do empregador.

A proteção ao trabalho como garantia individual e coletiva é contemplada constitucionalmente nos artigos 7º e 8º, direcionados à proteção da remuneração do trabalhador, à jornada do trabalho, às condições de saúde e segurança do trabalhador e outros direitos promotores da dignidade do trabalho humano no campo.

Quanto aos contratos de arrendamento e parceria rural, Marques<sup>157</sup> destaca que o legislador limitou-se ao se referir apenas a esses, abstraindo outros contratos inominados admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, como o de comodato, o contrato de concessão de uso. Importante ressaltar

---

155 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

156 CARVALHO, Édson Ferreira de. **Manual Didático de Direito Agrário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

157 MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 10. ed, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

que, quem cede o uso e/ou gozo do imóvel rural a outra pessoa, transfere a este o ônus no cumprimento da função social, devendo destinar a terra fatores de ordem econômica, ambiental e social.

Assim, caso não haja respeito às obrigações trabalhistas rurais, bem como às obrigações contraídas com os contratos agrários, tanto o texto constitucional, como as leis reguladoras do trabalho rural estarão sendo infringidas, sendo a propriedade passível de desapropriação para fins de reforma agrária por não observar os dispositivos legais que orientam as relações contratuais e que garantem a dignidade do trabalho humano.

## **1.4 Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores**

O parágrafo 5º, do artigo 9º, da Lei nº 8.629/1993, prevê que para que a exploração favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais, é imprescindível atender as necessidades básicas dos que trabalham a terra, observar as normas de segurança do trabalho e não provocar conflitos e tensões sociais no imóvel<sup>158</sup>.

A dimensão social está relacionada ao conjunto de infraestrutura e políticas públicas que visam atender necessidades daqueles que exploram a terra, por meio do oferecimento de educação, saúde, assistência social, assistência técnica e extensão rural, no sentido de elevar a qualidade de vida dos proprietários e dos trabalhadores que vivem no meio rural<sup>159</sup>.

Diferentemente dos demais requisitos analisados acima, este só será alcançado caso o Estado propicie a todos que exerçam a atividade agrária, sejam proprietários ou trabalhadores, as condições mínimas de bem-estar e de

---

158 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

159 SILVA, Antônio Sérgio da; SOUZA, José Gilberto de; LEAL, Antônio César. A Sustentabilidade e Suas Dimensões Como Fundamento da Qualidade de Vida. **Revista Geografia em Atos.** Departamento de Geografia da FCT/UNESP, Presidente Prudente, n. 12, v.1, jan. a jun. de 2012, p. 22-42. Disponível em: <http://revista.fct.unesp.br/index.php/geografiaematos/article/viewFile/1724/sergiosilva>. Acesso em: 03 maio 2016.

progresso social como efetivação da dignidade da pessoa humana, assegurada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de uma das formas de promover a justiça social, distribuindo igualmente meios de atingir rendas satisfatórias que possibilitem um desenvolvimento socioeconômico, além de combater as práticas de exclusão e discriminação, na busca da paz social e a fim de evitar tensões sociais no imóvel rural<sup>160</sup>.

A falta de condições de bem-estar aos proprietários ou trabalhadores rurais pode acarretar o êxodo rural, fazendo com que esses indivíduos abandonem a terra em sentido ao meio urbano, com a finalidade de alcançar melhores condições de vida e, como consequência, o requisito econômico previsto constitucionalmente da função social da propriedade rural não será cumprido, devido à inviabilidade da produção agropecuária por falta de mão-de-obra.

## **2 Imóvel rural que não cumpre função social sofre restrição legal**

Juridicamente, a legislação brasileira estabelece que, para que a terra atenda aos anseios da população, é necessário que seus proprietários façam cumprir a sua função social, somente assim o direito de propriedade será legitimado e o imóvel rural atingirá aos interesses coletivos, deixando de ser um direito exclusivamente individual.

Tanto a Lei de Reforma Agrária (Lei nº 8.629/93), em seu artigo 9º, como a Constituição Federal de 1988, em artigo 186, estabelecem que a função social da propriedade rural somente é cumprida quando o imóvel atente simultaneamente requisitos de ordem econômica, social e ambiental.

Da mesma forma, esses mesmos textos legais asseguram que o imóvel rural que não esteja cumprindo com sua função social são passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária, ou seja, o imóvel que, em conjunto ou separadamente, não tenha um aproveitamento racional e adequado, não apresente utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e não

---

160 MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 10. ed, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

preserve o meio ambiente, não observe as regulamentações trabalhistas e seja explorado de modo que não favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, deverá ser desapropriado e destinado à reforma agrária.

Teoricamente, a desapropriação é o procedimento “através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público”<sup>161</sup>. Em se tratando de desapropriação de um imóvel rural pelo não cumprimento da função social da propriedade, esta se consumará no interesse social.

Para Marinela<sup>162</sup>, o interesse social “representa a conveniência social da desapropriação, objetiva auxílio às camadas mais pobres, melhoria das condições de vida, atenuação das desigualdades e outros”.

Prevista constitucionalmente, no artigo 184 e no Estatuto da Terra, a desapropriação por interesse social é considerada o instrumento mais eficiente para dar cumprimento aos fins propostos pela reforma agrária, permitindo exclusivamente à União a aquisição de um imóvel rural que não cumpre com sua função social, transferi-lo ao Poder Público para atender aos interesses da coletividade.

Como justificativa de desapropriação, o interesse social constitui uma ilação direta da função social da propriedade. Ao invocar o interesse social, o poder público não destina os bens desapropriados às necessidades da administração, senão à coletividade, sem prejuízos de destiná-los individualmente a sujeitos determinados, mas sempre na perspectiva de dar ao imóvel sua real destinação<sup>163</sup>.

Assim, o imóvel rural só será desapropriado por interesse social para fins de reforma agrária caso não esteja cumprindo os requisitos previstos

---

161 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 881.

162 MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 824.

163 MENEZES, Olindo Herculano de. **Perfil da propriedade contemporânea (destaque da propriedade fundiária)**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2009. p. 390. Disponível em: [http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UNB\\_357e42a6422cbd2ff05635114cfd92f9](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UNB_357e42a6422cbd2ff05635114cfd92f9). Acesso em: 16 set. 2019.

taxativamente na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.629/93 da função social da propriedade rural.

Porém, estudos já realizados como, por exemplo, os de Pinto Júnior e Farias<sup>164</sup>, Marés<sup>165</sup>, Souza<sup>166</sup>, Fideles<sup>167</sup> entre outros, no que se refere ao atendimento simultâneo às condicionantes da função social da propriedade (artigo 186, da Constituição Federal de 1988), apontam uma visível divergência dos dispositivos constitucionais, uma vez que o artigo 185, inciso II, proíbe a desapropriação do imóvel rural produtivo.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social<sup>168</sup>.

Legalmente, dois são os indicadores que definem a propriedade como produtiva ou não: GUT e GEE. Assim, para que o imóvel rural seja considerado produtivo e, conseqüentemente, tenha uma destinação econômica, este deverá

---

164 PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. **Função Social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista**. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005. Disponível em: [https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao\\_social\\_propriedade\\_dimensoes\\_ambientais\\_trabalhistas.pdf](https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao_social_propriedade_dimensoes_ambientais_trabalhistas.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

165 MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

166 SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Franca, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.

167 FIDELES, Júnior Divino. **A justa indenização nas desapropriações agrárias e como se formam as superindenizações**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/4155>. Acesso em: 16 set. 2019.

168 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

ser explorado adequadamente, com GUT e GEE igual ou superior a 80% e a 100%, respectivamente.

Observa-se que, ao proibir a desapropriação dos imóveis rurais produtivos, visa-se apenas um dos requisitos exigidos ao cumprimento da função social da propriedade, excluindo as dimensões ambientais e sociais previstas nas legislações brasileiras, sob uma perspectiva meramente economicista. Nesse sentido, somente seriam passíveis de desapropriação as áreas improdutivas.

Não adentrando à verificação de uma interpretação programática da Carta de 1988, o que se observa é que o processo de inclusão da função social no texto constitucional foi marcado pela intenção de se manter apenas o aspecto produtivo da função social da propriedade, mascarada, no entanto, por um discurso social que seria inaplicável na prática, tendo por base a literalidade da redação do artigo 185<sup>169</sup>.

Souza<sup>170</sup> aponta que parte considerável da doutrina entende que o artigo 185, inciso II, representa um retrocesso da Constituição de 1988 em relação ao Estatuto da Terra, pois desprezaria a ideia de função social, previsto no regime originário do Estatuto. Assim, interpretar isoladamente um dispositivo constitucional, como este, é contrariar a legislação trabalhista, ambiental e os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, mantendo o caráter absoluto da propriedade.

Interpretar isoladamente o artigo 185, inciso II, da Constituição Federal, separando a ideia de função social da ideia de produtividade, é desconsiderar todo o paradigma construído acerca da função social do imóvel rural. Não se pode considerar produtiva uma propriedade que, embora gere lucros, não aproveite racionalmente e adequadamente o solo e os recursos naturais, não

---

169 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade**: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. p. 107. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

170 SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.



proteja o meio ambiente, não observe as disposições que regulam as relações de trabalho, nem favoreça o bem-estar dos trabalhadores e proprietários<sup>171</sup>.

## **2.1 O poder fiscalizatório da função social da propriedade rural e a reforma agrária**

Ao fiscalizar a propriedade rural para fins de reforma agrária, o Incra analisará se essa atende simultaneamente os requisitos econômico, social e ambiental da função social assegurados na Constituição Federal e na Lei nº 8.629/1993 e, caso seja identificado qualquer indício ou constatação de irregularidades referentes à legislação ambiental, trabalhista, fiscal, de registro público e quaisquer outros, os órgãos fiscalizadores competentes serão comunicados<sup>172</sup>.

Em se tratando de verificação do requisito econômico, os índices da produtividade estão previamente estipulados na legislação, tornando susceptível de desapropriação a propriedade rural que não obtiver GUT e GEE igual ou superior aos parâmetros estabelecidos. Entretanto, quanto à verificação ambiental e social, deverá o aplicador da lei, por ausência legal de critérios objetivos, valorar e dimensionar os danos decorrentes da atividade produtiva agrária, desapropriando aqueles imóveis rurais que vão contra aos princípios da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro, os fundamentos da República Federativa do Brasil e toda a coletividade<sup>173</sup>.

---

171 PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. **Função Social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista**. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005. Disponível em: [https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao\\_social\\_propriedade\\_dimensoes\\_ambientais\\_trabalhistas.pdf](https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao_social_propriedade_dimensoes_ambientais_trabalhistas.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

172 BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

173 BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A Função Social da Propriedade Rural Como Vetora da Promoção da Dignidade do Trabalho Humano no Campo**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp072501.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

Para Barros<sup>174</sup>, as simples infrações passíveis de multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho (MT), Ministério Público (MP), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), não possuem força suficiente para desapropriar a propriedade rural por interesse social para fins de reforma agrária, prevalecendo, nesse caso, o direito individual da propriedade.

Embora o texto legal determine um rol taxativo que deve ser observado para a fiscalização da função social da propriedade rural realizada pelo Incra, esse órgão federal apenas considera passível de desapropriação para fins da reforma agrária a propriedade rural improdutiva<sup>175</sup>. Segundo Pinto Júnior e Farias<sup>176</sup>, a autarquia agrária, lamentavelmente, “optou por interpretar o texto constitucional de forma mais restrita possível e, em razão disso deixou de fiscalizar o cumprimento das outras condicionantes da função social previstas no art. 186, II, III e IV da CF/88”, afrontando o texto constitucional.

Para Fideles<sup>177</sup>, a redução da desapropriação por descumprimento da função social exclusivamente a imóveis improdutivos, tem demonstrado o quanto a perspectiva da propriedade privada individual e absoluta continua a ser o valor nuclear e vetor da fundamentação das decisões judiciais sobre propriedade, as quais acabam por orientar e moldar novas e futuras decisões administrativas.

---

174 BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A Função Social da Propriedade Rural Como Vetora da Promoção da Dignidade do Trabalho Humano no Campo**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp072501.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

175 BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A Função Social da Propriedade Rural Como Vetora da Promoção da Dignidade do Trabalho Humano no Campo**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp072501.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

176 PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. **Função Social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista**. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005. p. 44-45. Disponível em: [https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao\\_social\\_propriedade\\_dimensoes\\_ambientais\\_trabalhistas.pdf](https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao_social_propriedade_dimensoes_ambientais_trabalhistas.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

177 FIDELES, Júnior Divino. **A justa indenização nas desapropriações agrárias e como se formam as superindenizações**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/4155>. Acesso em: 16 set. 2019.

Santos<sup>178</sup> aponta que a história do Brasil, fundada em uma sociedade extremamente conservadora, baseada no latifúndio, na monocultura e na exploração da mão de obra escrava, é um dos fatores para que se observe a não efetividade dos demais critérios que compõem o conceito constitucional de funcionalização da propriedade rural. Conseqüentemente, o órgão competente para fiscalizar o cumprimento da função social da propriedade rural, não possui uma política específica que viabilize a desapropriação de áreas onde os demais requisitos previstos constitucionalmente no artigo 186, “além da produtividade, sejam violados, pois as instituições são parte desse processo de manutenção, ainda que velada, do sustentáculo latifundiário brasileiro”.

Essa redução da fiscalização da função social em todas as suas dimensões a um patamar inferior é o fator normativo constitucional que atrasou o processo de reorganização da estrutura fundiária brasileira, “pois não se extirpou o latifúndio, como instituto, da base econômica do país, uma vez que as expropriações para fins de redistribuição da terra (Reforma Agrária) só alcançam as propriedades que não produzem, ou melhor, que estejam abandonadas”<sup>179</sup>.

Dados fornecidos pelo Procurador-Regional do Incra do estado de Goiás, Noemir Brito Oliveira<sup>180</sup>, revelam que não há nenhum caso de desapropriação por descumprimento da função ambiental e social em Goiás. As desapropriações somente ocorreram por falta de cumprimento dos índices de produtividade, ou seja, pelo imóvel ser considerado grande propriedade improdutiva, comprometendo a realização da reforma agrária e, como consequência, mantendo a estrutura fundiária concentrada.

---

178 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade**: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. p. 139. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

179 SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade**: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. p. 147. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

180 OLIVEIRA, Noemir Brito. Entrevista realizada pela autora ao procurador do Incra-GO, 2016.

## Considerações finais

Com a ampliação do agronegócio no meio rural brasileiro por meio da modernização da agricultura, a produção e a produtividade agrícolas têm crescido significativamente, gerando lucros e contribuindo com o desenvolvimento do país. Porém, todo esse avanço não apresentou qualquer mudança substancial na estrutura fundiária, pelo contrário, tem mantido a concentração de terra e de renda, dando continuidade ao modelo econômico implementado no Brasil com a chegada dos portugueses.

Além de concentrar terra e renda, esse modelo de desenvolvimento agropecuário implementado no Brasil a partir da década de 1960 tem limitado outras formas de produção, impedido o progresso de grande parte de agricultores que foram marginalizados e, até mesmo, expulsos por esse processo.

Verificou-se que as desapropriações dos imóveis rurais têm-se dado exclusivamente em observância ao requisito produtivo da função social da propriedade, numa visão estritamente economicista. Em Goiás, os fatores sociais e ambientais não têm sido levados em consideração para fins de reforma agrária, o que indica que não há uma fiscalização por parte do Incra suficiente, capaz de alterar a estrutura fundiária e efetivar a reforma agrária.

## Referências

ASSIS, Renato Linhares de. Desenvolvimento Rural Sustentável no Brasil: perspectivas a partir da integração de ações públicas e privadas com base na agroecologia. **Economia Aplicada**, v. 10, n.1, Ribeirão Preto. Jan./Mar. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-80502006000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502006000100005). Acesso em: 16 set. 2019.

BARROS, Ricardo Maravalhas de Carvalho. **A Função Social da Propriedade Rural Como Vetora da Promoção da Dignidade do Trabalho Humano no Campo**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília, 2008. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp072501.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>. Acesso em 16 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

CARVALHO, Édson Ferreira de. **Manual Didático de Direito Agrário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Horácio Martins de. A Contra Reforma Agrária e o Aumento das Desigualdades Sociais no Campo. **Revista Questão Agrária e Desigualdades no Brasil**. Ano 35, v. 01, nº 02. ABRA, 2014. p. 01-12. Disponível em: <https://www.alainet.org/pt/active/76144>. Acesso em: 16 set. 2019.

DELGADO, Guilherme Costa. Questão Agrária Hoje. **Revista Questão Agrária e Desigualdades no Brasil**. v. 01, nº 02, out./mai. ABRA, 2014, p. 27-40.

FERNANDES, Bernardo Mançano. Territórios da questão agrária: camponato, reforma agrária e agronegócio. **Revista Reforma Agrária**, v. 34, nº 2, jul./dez. ABRA, 2007. p.77-94. [http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/questao\\_agraria.htm](http://www2.fct.unesp.br/nera/atlas/questao_agraria.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

FIDELES, Júnior Divino. **A justa indenização nas desapropriações agrárias e como se formam as superindenizações**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2014. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/4155>. Acesso em: 16 set. 2019.

FROEHLICH, Cristiane. Sustentabilidade: Dimensões e Métodos de Mensuração de Resultados. **DESENVOLVE: Revista de Gestão do Unilasalle**. Canoas, v. 3, n. 2, p. 151-168, set. 2014. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/desenvolve/article/view/1316>. Acesso em: 16 set. 2019.

GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. Estudo Sobre a Função Social Ambiental da

Propriedade Rural no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito do Agronegócio - RBD Agro**. Ano 4/5, nº 8, 9 e 10- jan./jul.2.012- jul./dez. 2012- jan./jun. 2013. São Gotardo: MG, 2015.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 10. ed, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENEZES, Olindo Herculano de. **Perfil da propriedade contemporânea (destaque da propriedade fundiária)**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2009. Disponível em: [http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UNB\\_357e42a6422cbd2ff05635114cfd92f9](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UNB_357e42a6422cbd2ff05635114cfd92f9). Acesso em: 16 set. 2019.

OLIVEIRA, Noemir Brito. Entrevista realizada pela autora ao procurador do Incra-GO, 2016.

PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. **Função Social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista**. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005. Disponível em: [https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao\\_social\\_propriedade\\_dimensoes\\_ambientais\\_trabalhistas.pdf](https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Agronegocios/Funcao_social_propriedade_dimensoes_ambientais_trabalhistas.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **Função Social da Propriedade**: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29868/R%20-%20D%20-%20LUASSES%20GONCALVES%20DOS%20SANTOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2019.

SILVA, Antônio Sérgio da; SOUZA, José Gilberto de; LEAL, Antônio César. A Sustentabilidade e Suas Dimensões Como Fundamento da Qualidade de Vida. **Revista Geografia em Atos**. Departamento de Geografia da FCT/UNESP, Presidente Prudente, n. 12, v.1, jan. a jun. de 2012, p. 22-42. Disponível em: <http://revista.fct.unesp.br/index.php/geografiaematos/article/viewFile/1724/sergiosilva>. Acesso em: 03 maio 2016.

SILVA, Sheila Braz Cristino; MENDONÇA, Marcelo Rodrigues. Campesinato, Agricultura Familiar e Agronegócio: Disputas e Conflitos. *In: XXI Encontro Nacional de Geografia Agrária: Territórios em Disputa: os desafios da Geografia Agrária nas contradições do desenvolvimento brasileiro*. Uberlândia, 2012, p. 01-15. Disponível em: [http://www.lagea.ig.ufu.br/xxlenga/anais\\_enga\\_2012/eixos/1394\\_1.pdf](http://www.lagea.ig.ufu.br/xxlenga/anais_enga_2012/eixos/1394_1.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

SOUZA, Marcos Rogério de. **Regime Jurídico da Propriedade Produtiva no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Franca, 2007, p. 85. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89878>. Acesso em: 16 set. 2019.





# **O licenciamento ambiental à luz dos princípios constitucionais da prevenção e do desenvolvimento sustentável e sua efetividade enquanto instrumento de preservação do meio ambiente**

Environmental licensing in the light of the constitutional principles of prevention and sustainable development and its effectiveness as a means of preserving the environment

## **Júlio César de Souza**

Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC/MG). Bacharel em Direito e Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Integrante do grupo de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA.

E-mail: [juliocesarufop@gmail.com](mailto:juliocesarufop@gmail.com)

## **Igor Jotha Soares**

Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade e Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, (ESDHC/MG). Especialista em Direito Privado e também com ênfase em Direito Administrativo pela UCAM/RJ. Integrante do grupo de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA.

E-mail: [igorjotha@gmail.com](mailto:igorjotha@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo visa abordar a normativa relativa à implementação do instituto do licenciamento ambiental, bem como avaliar a efetividade de sua aplicação como meio de fiscalização e monitoramento dos empreendimentos potencialmente causadores de danos, a partir da análise de sua aplicação à luz dos princípios contidos na Constituição de 1988, especialmente os relativos à prevenção e ao desenvolvimento sustentável. Restará evidenciado o benefício efetivo do licenciamento ambiental enquanto medida preventiva garantidora de uma matriz de desenvolvimento sustentável efetivo, onde a noção do binômio custo-benefício será aferida pela necessária relação entre causa e efeito. O estudo foi desenvolvido com um enfoque qualitativo e natureza descritiva, tendo sido utilizado o método dedutivo e a técnica monográfica, com realização de revisão bibliográfica de artigos e obras doutrinárias nacionais referentes ao tema.

**Palavras-chave:** Licenciamento Ambiental. Prevenção. Regulação. Desenvolvimento Sustentável.

**Abstract:** The present article aims to address the regulations regarding the implementation of the environmental licensing institute, as well as to evaluate the effectiveness of its application as a method of monitoring, controlling and monitoring potentially damaging enterprises, based on the analysis of their application in light of the principles contained in the 1988 Constitution, especially those relating to prevention and sustainable development. The effective benefit of environmental licensing will be evidenced as a preventive measure guaranteeing a matrix of effective sustainable development, where the notion of the cost-benefit binomial will be measured by the necessary relation between cause and effect. The study was developed with a qualitative focus and descriptive nature, using the deductive method and the monographic technique, with a bibliographical review of articles and national doctrinal works related to the topic.

**Keywords:** Environmental Licensing. Prevention. Regulation. Sustainable Development.

## **Introdução**

A adoção de medidas com vistas à preservação do meio ambiente tem demandado grande atenção e interesse por parte dos gestores ambientais e da coletividade em geral. Tais providências têm sido desenvolvidas com o intuito

de compatibilizar o avanço econômico com a necessidade de manutenção de condições mínimas de conservação do planeta, estando a existência humana condicionada a tais cuidados.

Essa possibilidade de fruição dos recursos naturais no transcurso do tempo, entre as presentes e futuras gerações, trouxe um quadro de permanente observação das diretrizes normativas escolhidas pelo Estado Brasileiro, onde a busca por estratégias consensuais e equitativas de gozo dos benefícios decorrentes dos bens ambientais, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, foi, em regra, observada pelos diversos setores interessados.

Assim, em virtude da orientação constitucional relativa à necessária consagração por parte de toda a sociedade, do reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico ambiental fundamental passível de salvaguarda, foram estabelecidos mecanismos de prevenção e controle das atividades humanas potencialmente danosas à conservação dos recursos naturais.

Note-se ainda que a Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido de estabelecer a compatibilidade entre o desejo humano pelo desenvolvimento e o aproveitamento dos recursos naturais, com a necessária manutenção desses mesmos acervos, cuja conservação é pressuposto de existência e continuidade das atividades antrópicas.

Desse modo, a República Federativa do Brasil de 1988 instituiu instrumentos dotados de capacidade regulatória, aptos a garantir respeito ao cuidado e manutenção do meio ambiente considerado em sua integralidade. Tais mecanismos fundam-se na diretriz que determina a observância de princípios constitucionais regentes dos métodos de gestão ambiental, a serem aplicados em todos os ramos e atividades potencialmente prejudiciais ao meio ambiente.

Com fulcro no dever de promoção e proteção do direito fundamental a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a ser garantido às presentes e futuras gerações, é que o Estado estipulou a criação de ferramentas capazes de assegurar a manutenção dos recursos naturais necessários à fruição pelo homem, sendo pressuposto relevante na tomada de decisões relativas ao uso e apropriação de tais recursos.

Sobre as citadas medidas, faz-se necessário colacionar a existência do licenciamento ambiental como sendo um dos mecanismos criados com o intuito de garantir, a partir do exercício do poder de polícia administrativa, o

correto manejo de bens ambientais passíveis de utilização mediante instalação de empreendimentos potencialmente lesivos ao meio ambiente.

Tal instrumento administrativo, por sua complexidade e especificidade, abarca, de modo peculiar, atividades de gestão, controle e monitoramento dos processos autorizativos de implantação, instalação e consumação de empreendimentos passíveis de avaliação quanto à dimensão e consolidação de seus impactos ao meio ambiente.

Desse modo, desenvolvendo-se em etapas distintas, cuja multiplicidade de verificações, perícias, análises e partícipes, bem como a ausência de padronização da normativa a ser aplicada aos casos concretos, demanda tempo e, por sua vez, sob a ótica do empreendedor, amplia o custo financeiro até a finalização do procedimento.

Note-se que a orientação normativa quanto ao instituto do licenciamento ambiental foi no sentido de garantir a máxima proteção aos recursos naturais objetos de alterações decorrentes da implantação de empreendimentos capazes de gerar alterações irreversíveis, de modo a evitar ocorrência de um dano previsível ou permitindo uma amplitude em proporções inaceitáveis, se ponderados os valores da preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

Por conseguinte, as assertivas contidas nos fundamentos de criação do licenciamento ambiental decorrem da necessária observância dos princípios constitucionais da prevenção e o do desenvolvimento sustentável, fontes primárias da diretriz normativa a ser implementada em matéria ambiental no Brasil.

Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar o instituto do licenciamento ambiental, seus fundamentos e sua efetividade no conjunto de intenções e interesses componentes do cenário de exploração dos recursos naturais, à luz de uma política ambiental pautada na ordenação oriunda dos princípios constitucionais da prevenção e do desenvolvimento sustentável.

No mesmo sentido, o estudo visa ponderar, tendo como cenário as outras interlocuções principiológicas norteadoras da opção de gestão do meio ambiente, sopesando suas características, seus aspectos positivos e negativos e as possibilidades de sua reformulação legislativa.

Cumprido, portanto, analisar se o licenciamento ambiental é instrumento de gestão do meio ambiente que representa a efetiva aplicação dos princípios

constitucionais da prevenção e do desenvolvimento sustentável, verificando se a sua implantação, enquanto mecanismo de fiscalização, tem sido eficiente no controle de atividades e empreendimentos de risco para o meio ambiente.

Como base metodológica, o estudo possui uma abordagem qualitativa e natureza descritiva. Para tal, utilizou-se o método dedutivo, por meio da técnica monográfica, com realização de revisão bibliográfica de artigos e obras doutrinárias referentes ao tema.

Note-se que o tema guarda grande relevância ao ser proposto analisar a efetividade do licenciamento ambiental na luta pela preservação do meio ambiente, a partir da observação da existência de inter-relação entre o seu conteúdo normativo e a matriz principiológica constitucional da prevenção e do desenvolvimento sustentável.

Para tanto, importante iniciar a investigação acerca da problemática posta a partir da compreensão dos elementos fundadores da diretriz jurídica, sob a ótica dos princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável, apresentados em sequência.

## **1 Os princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável como diretriz constitucional no âmbito da preservação do meio ambiente**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, em seu artigo 225, a primazia a todas as pessoas presentes no território nacional, o reconhecimento ao direito de experimentar verdadeira qualidade de vida a partir da existência de um meio ambiente saudável e equilibrado<sup>181</sup>.

A proposta da Lei Fundamental de 1988 determina aos poderes instituídos, o obrigatório compromisso no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, inclusive da produção legislativa, bem como do controle jurisdicional, de salvaguarda do meio ambiente em sua dimensão integral.

Para a consecução dessa finalidade, o legislador utilizou como veículo de força normativa os princípios, componentes normativos cuja finalidade é dar

---

181 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

razão e sentido às diretrizes definidas tanto no contexto das políticas públicas quanto das políticas ambientais definidas no plano legislativo.

Na esfera da defesa do meio ambiente, conforme se observa ao longo da descrição do artigo 225, a Constituição da República de 1988 evidenciou alguns postulados diretores hábeis no cumprimento de tal mister, dentre os quais destacam-se os princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável.

O princípio da prevenção encontra-se insculpido no parágrafo primeiro, incisos IV e V, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988<sup>182</sup>, conforme descrito a seguir:

[...]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

O princípio da prevenção deve ser visualizado a partir de uma interpretação finalística a denotar, em seu corpo normativo, a intenção da Carta Fundamental em prevenir a ocorrência de lesão ao meio ambiente ou ainda atenuar seus resultados nocivos.

Miranda<sup>183</sup> explica que essas preocupações com a tutela do meio ambiente começaram a tomar forma no pós-segunda guerra mundial:

---

182 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

183 MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v.1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 26. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

[...] Não tem mais de cinquenta ou sessenta anos a consciência enraizada da necessidade e da possibilidade de intervenções do Estado e da sociedade para defender e preservar o meio ambiente com vista ao equilíbrio entre a natureza e os seres humanos; e, portanto, também a ideia de um Direito ambiental tem uma relativa novidade. [...]

Para Amado<sup>184</sup>, o princípio da prevenção [...] “se volta a atividades de vasto conhecimento humano (risco certo, conhecido e concreto), em que já se definiram a extensão e a natureza dos danos ambientais, trabalhando com boa margem de segurança”.

Note-se que a direção ofertada pela Constituição da República de 1988 já havia sido incorporada ao ordenamento brasileiro, mediante previsão expressa na Lei nº 6938/81, tendo sido recepcionada pela norma fundante da ordem jurídica, por coerência, coesão e conexão com propósito Constitucional.

De acordo com o disposto no artigo 2º da Lei nº 6.986/81<sup>185</sup>, corrobora-se o princípio da prevenção na composição das normas infraconstitucionais, a partir de interpretação teleológica, expressada infra:

[...] Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios.

[...]

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

[...]

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação.

A aludida legislação, em seu conteúdo, reconhece a probabilidade e a concretude das atividades causadoras de poluição, bem como assume a

---

184 AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemmatizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 53.

185 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. Brasília, DF, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm). Acesso em: 15 jul. 2017.

obrigação de proteção dos espaços que, em decorrência da ação humana, encontram-se indiciariamente expostas a riscos de devastação ambiental<sup>186</sup>.

Ressalte-se que, no âmbito internacional, mais precisamente na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, formulada na ECO 92, o princípio da prevenção ampliou sua definição primária para abarcar as características relativas à antecipação dos riscos ainda não previstos, mas cujo grau de incerteza traduz a probabilidade de ocorrência, sendo denominado princípio da precaução, nos seguintes termos:

[...] Princípio 15 - Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental<sup>187</sup>. [...]

Nesse sentido, ressalta Costa Neto<sup>188</sup>: “À luz do princípio da prevenção, verifica-se o dever de impedir a cristalização de danos ao meio ambiente, conferindo-lhe contornos jurídicos ao popular aforismo mais vale prevenir que remediar”. Nesse prisma, a avaliação de impacto ambiental norteia-se tanto pelo princípio da precaução como pelo princípio da prevenção, realçando a dimensão preventiva da atividade do Poder Público no referente às atividades potencialmente geradoras de reflexos nocivos ao meio ambiente<sup>189</sup>.

---

186 A preocupação com a tutela jurídica do meio ambiente é tema de constantes debates no âmbito nacional e internacional. A finalidade é buscar a elaboração de instrumentos normativos com o intuito de salvaguardar o meio ambiente evitando a degradação ambiental. Interessante destacar que as alternativas de desenvolvimento sustentável elencadas no princípio da prevenção, na composição das normas infraconstitucionais e até mesmo normas de proteção internacional, têm sido buscadas como sendo norma diretriz da preservação ambiental global.

187 DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

188 COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. i – florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 72.

189 Interessante destacar aqui a possibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro natura*, o que permitiria a exploração de determinado bem passível de impacto ambiental, desde que a empresa demonstrasse a inexistência de impactos significativos ao meio ambiente. O citado princípio está expresso em: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo



O referido princípio materializa o espectro de proteção ambiental na medida em que é dedicado a evitar a perpetração de prejuízos previstos e suscetíveis, incorporando, na seara das políticas públicas, o modelo de gestão adequado à diretriz de antecipação e previsão dos resultados, de modo a possibilitar a otimização dos efeitos positivos e redução das possíveis sequelas ao meio ambiente.

Portanto, o princípio da prevenção preconiza a obrigatória intervenção estatal no campo da fiscalização, monitoramento e controle das atividades e medidas passíveis de potenciais danos ambientais, tendo em vista que, em essência, estabelece tais diretrizes.

Aliado ao poderoso fundamento diretivo da prevenção, reconhece-se a grande relevância de outro princípio identificado com a primordialidade de compatibilização entre os interesses econômicos e a preservação do meio ambiente, cuja finalidade precípua está associada à ideia de sustentabilidade.

O balizamento constitucional elencado no já referido *caput* do artigo 225, prescreve a inafastável previsão de responsabilidade solidária atrelada à defesa do meio ambiente, bem como a garantia de manutenção dos recursos naturais, em que pese as atividades, condutas e anseios, para as presentes e futuras gerações.

Desse modo, o princípio do desenvolvimento sustentável ganha relevo e importância na medida em que entrelaça a adoção de políticas públicas preservacionistas a partir do desenvolvimento de mecanismos de controle e fiscalização das demais atividades.

De acordo com Fiorilo<sup>190</sup>

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações

---

Horizonte, v. 13, n. 27, p.35. set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

190 FIORILO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. [...]

Nesse sentido, Costa Neto<sup>191</sup> preconiza:

[...] tal conceito traz em si o reconhecimento de que os recursos naturais não são inesgotáveis. Ao mesmo tempo, expressa a compreensão de que não pode haver desenvolvimento pleno se os caminhos trilhados para sua consecução desprezarem um sistema de exploração racional e equilibrada do meio ambiente. [...]

Por conseguinte, o princípio do desenvolvimento trata, numa mesma interface, de duas metas a serem atingidas: o desenvolvimento econômico e a qualidade e disponibilidade dos recursos naturais, cuja interligação permite o exato atingimento da qualidade de vida tão priorizada pelo Estado e coletividade.

É nessa direção que as políticas públicas de regulação e controle do uso e apropriação dos bens ambientais para o alcance do desenvolvimento econômico e social devem ser cada vez mais aprimoradas, com a adoção de mecanismos capazes de exercer o papel garantidor da conciliação sustentável de tais premissas.

Afora esse viés, o licenciamento ambiental é colocado reconhecidamente como uma das medidas de agir positivo do Estado interveniente, tendo em vista a obrigatoriedade a ele conferida de cumprir a finalidade de fiscalizar o desenvolvimento e o desempenho do enlace obrigatório entre atividade econômica e preservação ambiental, conforme se tratará a seguir.

---

191 COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. i – florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 59.

## 2 O licenciamento ambiental e suas definições

O cenário relativo à apropriação e exploração dos recursos naturais no Brasil ganhou nova perspectiva a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As instâncias de controle ambiental cresceram em magnitude porque passaram a ser entendidas como legítimo poder-dever do Estado de ordenar o cumprimento da legislação protetiva do meio ambiente a todos os entes e atividades humanas.

Sob esse aspecto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou com a previsão expressa de mecanismos de controle e gestão ambiental, destinados a dar maior segurança e regulação ao intento dos agentes provenientes dos diversos setores de produção e empreendimentos econômicos que, por sua vez, foram submetidos ao cumprimento de um corpo normativo composto de princípios, regras e regulamentos especialmente pensados para tal finalidade.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o licenciamento ambiental como instrumento estatal diretor dos processos de aproveitamento dos bens ambientais existentes em território nacional, concedendo-lhe força normativa de natureza fiscalizatória e de monitoramento do desenvolvimento das atividades potencialmente danosas ao meio ambiente visto em sua inteireza.

Esse é o entendimento de Farias<sup>192</sup>:

[...] o licenciamento ambiental é o processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impacto sobre o meio ambiente.  
[...]

Ressalte-se que o licenciamento ambiental representa a execução do poder de polícia ambiental, dever exercido pelo Estado, consoante dicção

---

192 FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte, MG: Editora Fórum, 2007. p. 26.

constitucional, com o fim de regular, via procedimento, o posicionamento, a instalação e a operação de empreendimentos potencialmente causadores de danos ambientais.

Em termos regulamentares, a Resolução CONAMA nº 237/97 estabelece a definição e os contornos normativos do licenciamento ambiental, dispondo o inciso I em seu artigo 1º:

[...]

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.<sup>193</sup>

Fiorilo<sup>194</sup> conceitua o licenciamento ambiental como sendo “[...] o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de licença ambiental”. Verifica-se, portanto, que as definições apresentadas tanto pela legislação quanto pela doutrina, convergem no sentido de apresentar o licenciamento ambiental como procedimento administrativo complexo, composto de etapas, apto a regular as tratativas iniciais, o desenvolvimento e a execução das atividades.

Tal mister é realizado mediante monitoramento dos trabalhos, fiscalização dos empreendimentos e controle dos processos implementados, com vistas a garantir o sucesso da realização da obra em sintonia com o resguardo do meio ambiente.

---

193 CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 15 jul. 2017.

194 FIORILO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222.

Nem todas as atividades econômicas devem se sujeitar às regras do licenciamento ambiental, mas somente aquelas potencialmente causadoras de danos ao meio ambiente. Para esses empreendimentos resta cumprir o rito procedimental do licenciamento, obedecendo às condições de cada fase, de modo a pleitear o alcance subsequente das licenças prévias (esta condicionada à avaliação de impacto ambiental), de instalação e operação.

No decorrer do procedimento, o licenciamento ambiental submete-se aos princípios do Direito Administrativo em consonância com os fundamentos do Direito Ambiental, perfazendo a sequência de atos a tramitar no interior das instituições públicas gestoras da política ambiental.

Os atos a serem realizados pelos sujeitos interessados na autorização para empreender estão condensados na Resolução nº 237/97, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), cujos documentos, requerimentos, estudos, projetos, pedidos de esclarecimento, realização de audiências públicas, vistorias técnicas e emissão de pareceres técnicos e jurídicos devem ser amplamente veiculados.

Frise-se que a consumação precisa desse caminho não garante a eliminação de todos os danos a que o meio ambiente está sujeito. Nos dizeres de Antunes<sup>195</sup>:

[...] a existência de danos ambientais originados por um empreendimento específico é avaliada em conjunto com os benefícios que são gerados pelo mencionado empreendimento, e a partir de uma análise balanceada de um e outros, surge a opção política consubstanciada no deferimento ou indeferimento do licenciamento ambiental. [...]

É em razão dessa necessidade de conciliação de interesses tão distintos que se faz imprescindível a aplicação dos institutos de controle ambiental sob a inspiração dos princípios constitucionais da prevenção e do desenvolvimento sustentável, relacionados em seguida.

---

195 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

### **3 O licenciamento ambiental sob o prisma dos princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável e sua efetividade na defesa do meio ambiente**

Pensar o desenvolvimento econômico e social de um povo ou nação sem atrelar a essa meta a oferta de um meio ambiente conservado e passível de contribuir decisivamente com a qualidade de vida a ser desfrutada por todos, é premissa que não se sustenta.

A garantia da qualidade ambiental é pressuposto primário para a realização das demais atividades humanas, sendo imperioso reconhecer que os frutos produzidos pelo progresso econômico somente terão propósito se considerada a circunstância de estabilidade dos recursos naturais existentes.

Nesse sentido, o Brasil cristalizou a defesa do meio ambiente como princípio basilar da ordem econômica, contido no inciso VI do artigo 170 da Constituição da República de 1988, de modo a construir a harmonização teórica dos interesses representados.

Some-se a isso a integração dos princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável que, por sua vez, constituem o cerne da defesa consciente e mediadora das conveniências decorrentes das vontades humanas.

Contudo, as forças externas ao arcabouço normativo, partícipes da tessitura social, nem sempre reverenciam a diretriz disposta.

É em decorrência do anacronismo experimentado entre o ser e o dever ser que o ordenamento jurídico se encarregou de estabelecer o regramento infraconstitucional habilitado a conferir eficácia à orientação imposta, sendo o licenciamento ambiental um dos instrumentos representativos da intenção de conceder adequada gestão dos bens ambientais disponíveis.

A introdução e implementação do licenciamento ambiental enquanto atividade desempenhada pelo Poder Público, cumpre a missão de dar efetividade ao mandamento Constitucional da observância da prevenção como princípio norteador do uso dos recursos naturais, bem como responde à expectativa de gestão responsável dos bens ambientais, na medida em que seu percurso instituidor de regras e cuidados consolida o entendimento relacionado à ideia de sustentabilidade.

Costa Neto<sup>196</sup> destaca a importância de dar concretude jurídica ao dever de cuidado com o meio ambiente, testificando o controle governamental dos processos de fruição do patrimônio ambiental. Nesse sentido dissertou o autor, ponderando:

[...] cabe aqui outra referência à dimensão preventiva da atuação da Administração no campo da atividade licenciadora, máxime em relação à elaboração de estudo de impacto ambiental. É que a “procedimentalização” da avaliação dos impactos ambientais funciona como eficiente mecanismo de tutela preventiva da atividade da Administração, na medida em que propicia visibilidade ao processo de formação da “vontade” administrativa, em suas diversas fases, facilitando-se o seu controle externo. [...]

Sobre o licenciamento ambiental, é válido indicar seus contornos normativos, cujos objetivos estão relacionados à análise e conciliação da preservação do meio ambiente à crescente demanda por apropriação e consumo dos bens ambientais.

O princípio do desenvolvimento sustentável estabelece a necessidade do uso racional dos recursos naturais, harmonizando as intenções dos atores sociais que aspiram à utilização dos bens ambientais. Nesse sentido, o licenciamento ambiental é o mais importante fator de prevenção impedidor do avanço da degradação ambiental, pois condiciona as atividades a seu crivo e controle, garantindo a realização do ganho desenvolvimentista aliada à capacidade de manutenção sadia do meio ambiente.

No tocante à influência do princípio da prevenção sobre os métodos de controle ambiental, sabe-se que, quando se lida com a certeza da ocorrência do dano, o melhor mecanismo de prevenção está fundado no sucesso do procedimento de licenciamento ambiental que, além de controlar o desenvolvimento das ações potencialmente poluidoras, impõe ao empreendedor o cumprimento das condicionantes, cuja função precípua é mitigar ou elidir tais prejuízos.

---

196 COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. i – florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 73.

É certo que persistem aspectos negativos na condução de licenciamentos ambientais Brasil afora. Primeiramente, em virtude da ausência de legislação uniforme, visto que a competência legislativa é concorrente, e pela grave sobreposição e até mesmo indefinição clara de competência administrativa ambiental, circunstância esta que, por vezes, gera uma celeuma sem precedentes para o candidato a adquirente das licenças de que necessita, por representar instabilidade e insegurança jurídica para os mesmos e até para o saneamento dos procedimentos empregados.

Além disso, observa-se o frágil investimento em recursos humanos hábeis a desenvolver um trabalho de excelência na área ambiental, cuja composição das instituições e órgãos públicos no campo do meio ambiente tende a ser composta por corpo técnico mínimo e, em que pese experiente, desestimulado pela falta de perspectiva de melhora dos quadros de pessoal e de reconhecimento pelos serviços especializados prestados.

Aponta-se, ainda, como fator contraproducente do modelo atual de licenciamento ambiental a ausência de padronização nos conceitos, a grande onerosidade nos custos impostos ao pretense licenciado, a excessiva burocracia decorrente de um grande número de atos normativos relativos ao tema, bem como a desconsideração das especificidades de cada região e diversidade de empreendimentos e atividades suscetíveis aos procedimentos de licenciamento.

Ademais, faz-se premente investir na ampliação da estrutura e do corpo técnico de pessoal apto a trabalhar com a grande demanda que se impõe em virtude do risco crescente de perda do patrimônio ambiental nacional, bem como compatibilizar regras e procedimentos, inclusive instituindo uma legislação única, de modo a facilitar a orientação com os diversos atores requerentes de licença e a interlocução com os observadores das ações e atividades potencialmente danosas ao meio ambiente.

## **Considerações finais**

Condicionar a instrumentalização do direito à consecução do bem comum deve ser a grande pedra de toque dos fins a que o Estado se propõe a cumprir.

Nesse contexto, o Brasil adotou, mediante previsão Constitucional, a normativa protetiva do meio ambiente sem, contudo, inviabilizar o desenrolamento das mais diversas atividades econômicas e sociais, haja vista



que a ordem econômica foi avalizada pela Carta Fundamental como tema de grande relevância.

Os princípios da prevenção e do desenvolvimento sustentável insculpidos na Constituição e materializados pela assunção do licenciamento ambiental enquanto mecanismo de controle ambiental, sem, contudo, servir de impeditivo ao processo de desenvolvimento nacional, retrata a correta opção política gerida pela estrutura do Estado, que, por sua vez é, soberanamente, garantidor da dimensão econômica do crescimento aliado à necessária manutenção da qualidade ambiental, disponível para todos.

Impende destacar que tal expediente, no contexto pátrio, atuou compatibilizando assim a visão prospectiva de propriedade e sustentabilidade para a coletividade presente e para as futuras gerações.

Desse modo, o licenciamento ambiental se impõe como medida de justiça e segurança, regulando o interesse individual e o anseio da voz difusa da coletividade, que quer, de fato, atingir níveis exponenciais de progresso, mas que, antes de tudo, necessita de certeza sobre a manutenção dos recursos naturais, em última análise, pressupostos de existência da humanidade.

Por derradeiro, apesar dos indicadores desfavoráveis apontados por muitos, é importante ressaltar a relevância dos licenciamentos como mecanismos de metodologia procedimental complexa na defesa dos recursos naturais, bens culturais e do meio ambiente artificial, incluídas as comunidades diretamente atingidas pela expansão dos grandes empreendimentos degradadores.

## Referências

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 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. Brasília, DF, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm). Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 15 jul. 2017.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. i – florestas. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DECLARAÇÃO DORIOSOBREMEIOAMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte, MG: Editora Fórum, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v.1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 25-44. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

# **Análise sobre a (in)disponibilidade do bem ambiental seus efeitos sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado**

Analysis of appropriation of environmental goods and its effects over the ecologically-balanced environment

## **José Adércio Leite Sampaio**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001). Professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Professor Titular da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Procurador da República do Ministério Público Federal.

## **Camila Cristina de Souza Rossi**

Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Assessora Jurídica no Ministério Público Federal.

**Resumo:** A presente pesquisa analisa a questão da (in) disponibilidade do “bem ambiental” partindo de duas premissas: a da fundamentalidade do direito ao meio ambiente constitucionalmente assegurada e a de sua natureza jurídica. Para isso, adota-se a teoria de que se trata o meio ambiente ecologicamente equilibrado de um direito fundamental bifronte, pois decorre do direito à vida e é dele garantia e condição e utiliza-se o método indutivo com revisão e estudos doutrinários e legislações aplicados ao tema. Ao final, pretende-se demonstrar os efeitos que a (in) disponibilidade pode acarretar à defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e as consequências à vida.

**Palavras-chave:** Direito ambiental. Direito Fundamental à vida. Integridade Ambiental. Bem Ambiental. Disponibilidade de direitos.

**Abstract:** This research addresses the question of the (un) availability of the "environmental good" based on two premises: the fundamentality right to the constitutionally assured environment and its legal nature. In order to do so, adopts the theory that the ecologically balanced environment is treated as a double fundamental right, because it stems from the right to life and, at the same time, is the guarantee and condition of life on earth, and uses the inductive method with revision, doctrinal studies and applied legislation to the theme. At the end, it is intended to demonstrate the effects that the (un) availability can lead to the defense and protection of the ecologically balanced environment and the consequences to life.

**Keywords:** Environmental Law. Fundamental Right to life. Environmental Integrity. Environmental good. Appropriation of nature.

## Introdução

Neste trabalho, pretende-se analisar a disponibilidade do bem ambiental e os efeitos que tal ação pode acarretar à defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal análise será empreendida por meio da averiguação da teoria que melhor aborda a temática sobre a natureza do bem ambiental constitucionalmente protegido, com o fim de se compreender a questão da (in)disponibilidade do bem ambiental.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado, pelo ordenamento constitucional brasileiro, um direito fundamental, “bem de uso

comum do povo” e “essencial à sadia qualidade de vida de todos”, conforme artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)<sup>197</sup>. Embora esse reconhecimento se abra à discussão entre ecocentristas, biocentristas e antropocentristas, a discussão que ora se desenvolve se detém à terceira corrente, numa orientação autonomista, de um direito próprio, todavia, como é comum a todos os direitos, inter-relacionados com os demais direitos, notadamente, a saúde e à vida<sup>(198/199)</sup>. Adotou-se o método indutivo, por meio do qual se pretendem fazer estudos de doutrinas e legislações aplicadas ao tema.

O trabalho se dividirá em três partes. Primeiramente com a abordagem sobre a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; seguida da análise das teorias existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a natureza jurídica do bem ambiental e, por fim, a questão da disponibilidade do direito ao meio ambiente, como sendo um direito transindividual, e as consequências que esse status pode acarretar à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 1 A fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) desenvolve um novo olhar sobre o meio ambiente, atribuindo-lhe o caráter de direito fundamental, o que representa uma grande e desafiadora mudança na concepção das necessidades dos seres humanos. Essa mudança de paradigma constitucional significa mais qualidade de vida, com bem-estar e dignidade, proporcionado por um meio ambiente saudável para as presentes e futuras gerações. Ao mesmo tempo em que acarreta a imposição do dever de garantir o efetivo exercício de tal direito e de respeitá-lo.

---

197 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

198 SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *In*: SAMPAIO, José Adércio L.; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

199 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal, Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Os direitos fundamentais não surgem ao acaso, como dádivas divinas ou do soberano, quem quer que seja, mas são inspirados, fundamentados e conquistados a partir de suas necessidades<sup>200</sup>. A historicidade é seu devir; a necessidade, sua condição de existência<sup>201</sup>. A consciência da importância capital do meio ambiente aguçou-se a partir dos anos 1970, tornando a necessidade de garantir-lhe a integridade e o equilíbrio ecológico condição da sadia qualidade de vida de todos<sup>202</sup>. Estavam postas as bases para que o legislador constituinte o elevasse ao patamar de direito fundamental.

A positivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa a mudança de perspectiva de valores em um dado momento da história da humanidade<sup>203</sup>. As necessidades e interesses diante dos recursos naturais são múltiplos e sua conexão fundamental com a dignidade e solidariedade humanas estabeleceram o norte dessa nova perspectiva.

Não há vida digna sem um ambiente íntegro. A degradação das condições ecológicas torna os seres vivos, designadamente a humanidade, em condições de vulnerabilidade. Ao mesmo tempo, a inteireza ou o equilíbrio das relações da natureza não se resumem ao espaço delimitado pelas fronteiras políticas, tampouco se restringem à dimensão do tempo em que se vive. A solidariedade intra e intergeracional mostra sua face de vetor do sistema de proteção jusambiental: “a defesa e a preservação só serão alcançadas por meio da solidariedade entre todos”<sup>204</sup>. Nisso se revela o caráter transindividual dos interesses da humanidade.

---

200 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 09.

201 SAMPAIO, José Adércio L. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

202 SAMPAIO, José Adércio L. A constitucionalização dos princípios de direito ambiental. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

203 SAMPAIO, José Adércio L.; PINTO, João Batista M. O Federalismo Ambiental na Austrália e na Índia. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 67-89, Jan./Jun.2015.

204 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 59.

Os interesses metaindividuais são os denominados direitos de terceira geração, que, traduzidos por José Adércio Leite Sampaio<sup>205</sup>, são direitos de caráter coletivo, “sendo apresentados como (1) ‘direitos dos povos’ ou ‘direitos de solidariedade’ [...]”. E complementa o autor<sup>206</sup>:

A fraternidade e a solidariedade se fundam numa espécie de “geogovernança humana”, numa espécie de democracia transnacional, de maneira a propiciar a “todas as pessoas em todos os lugares” o atendimento de seus interesses essenciais, como membros de grupos ou da “humanidade inteira”, para viver uma digna e respeitada vida, tais como a adequada alimentação, saúde, educação, vestimenta, lazer e moradia. Ou uma geração de direitos que exige, para sua satisfação, uma resposta coordenada de escala mundial às ameaças aos direitos humanos, advindas da interdependência global de todos os povos e nações, bem assim de todos os atores sociais: indivíduos, Estados, grupos privados e públicos, além da comunidade internacional. São direitos autônomos e, ao mesmo tempo, complementares aos direitos das gerações anteriores como uma espécie de garantia de universalidade e eficácia de seu exercício. Por sua natureza interna e transfronteiras, eles requerem um mínimo de consenso entre os níveis nacionais, regionais e internacionais em torno de responsabilidades comuns para instituir e assegurar os novos direitos, muito além de um “mínimo de solidariedade” exigida pelas duas primeiras gerações.

A “geogovernança humana”<sup>207</sup>, conforme exposto pelo autor, diz de uma intensa e duradoura conexão entre os direitos fundamentais, notadamente, os de solidariedade, e suas interligações no tempo e no espaço. São ligações no tempo, como projeto e dever da própria condição vital do entorno humano e da humanidade, dos que vivem já e dos que ainda não nasceram. São vínculos que se estabelecem entre a comunidade planetária, pelo simples fato de que a

---

205 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 571.

206 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 573.

207 SAMPAIO, José Adércio L. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 573.

destruição da natureza produz um impacto que supera as fronteiras artificiais dos Estados-nação. A resposta há de ser dada por essa comunidade e os mecanismos de uma governança, ainda incipiente, de nível internacional.

É sobre a solidariedade que se assenta a tríade “vida, saúde e meio ambiente” exposta por Beatriz Costa<sup>208</sup>, que assim disciplina: “A saúde está totalmente interligada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que por sua vez liga-se ao direito à vida humana e não humana”.

E, nesse sentido, o primeiro olhar que se deve ter é sobre a relação do meio ambiente com o direito à vida. O direito fundamental à vida é considerado, do ponto de vista biológico, o direito mais importante assegurado a todo ser vivo. Direito de copiosa magnitude, de tamanha importância que aprouve ser considerado como “direito supremo do ser humano”<sup>209</sup>.

Para Costa<sup>210</sup>, o “direito à vida é um dos direitos primários do ser humano, e por esse motivo condiciona todos os demais direitos”, o que inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acresce-se o entendimento de Trindade<sup>211</sup>:

De certo modo, era o próprio direito à vida, em sua ampla dimensão, que acarretava o necessário reconhecimento do direito ao meio-ambiente sadio; este último configura-se como o direito às condições de vida que asseguram a saúde física, moral, mental e social, a própria vida, assim como o bem-estar das presentes e futuras gerações. Em outras palavras, o direito ao meio-ambiente sadio salvaguarda a própria vida que faz com que valha a pena viver.

---

208 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 76.

209 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 135.

210 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134.

211 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelos dos sistemas de proteção ambiental. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 76.



Há uma relação quase de necessidade entre o equilíbrio ambiental e as condições para que o ser humano possa ter saúde física e mental, além do convívio social com excelência e qualidade.

Diante disso, tem-se a clara percepção do sentido do artigo 225 da CRFB/88, em que se compreende que a energia do texto deve ser feita de forma sistêmica atrelada a outros dispositivos constitucionais.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>212</sup> entende que o bem ambiental “essencial à sadia qualidade de vida” deve ser compreendido como aquele bem que estabelece um “padrão mínimo” de vida, ou “piso vital mínimo”, que seja capaz de traduzir a dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito<sup>213</sup>.

Por conta dessa visão, devemos compreender o que seja essencial, adotando um padrão mínimo de interpretação ao art. 225 em face dos dizeres do art. 1º, combinado com o art. 6º da Constituição Federal, que fixa o piso vital mínimo. Com efeito, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, e, para que uma pessoa tenha a tutela mínima de direitos constitucionais adaptada ao direito ambiental, deve possuir uma vida não só sob ponto de vista fisiológico, mas sobretudo concebida por valores outros, como os culturais, que são fundamentais para que ela possa sobreviver, em conformidade com a nossa estrutura constitucional. E é exatamente por conta dessa visão que apontamos o critério de dignidade da pessoa humana, dentro da visão adaptada ao direito ambiental, preenchendo o seu conteúdo com a aplicação dos preceitos básicos descritos no art. 6º da Constituição Federal.

Não há como imaginar o efetivo exercício do direito à vida, nos termos do disposto nos artigos constitucionais 1º e 6º, dissociado do artigo 225 da CRFB/88. O legislador constitucional atribui o direito ao ambiente equilibrado a qualidade de essencial à sadia qualidade de vida e, com isso, impôs uma

---

212 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

213 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 48.

conexão direta entre os enunciados jusfundamentais. Como imaginar o exercício do direito à saúde, com rios, mares e ar atmosférico poluídos? Ou pensar o direito à alimentação, com alimentos contaminados pelo uso de pesticidas? Ou, ainda, como pensar no exercício do direito ao trabalho em um meio ambiente insalubre, que expõe a pessoa humana do trabalhador a risco?

Por tudo, percebe-se a íntima relação que o direito ao meio ambiente estabelece com os demais direitos constitucionalmente protegidos, especialmente com o direito à vida.

## 2 O Bem ambiental constitucionalmente protegido<sup>214</sup>

Para a compreensão sobre a (in)disponibilidade do bem ambiental, necessário se faz a análise do objeto de proteção constitucional, disposto no artigo 225 da CRFB/88, que diz que o “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”<sup>215</sup>.

Pelo texto constitucional, é possível afirmar que o objeto de proteção constitucional é o “bem ambiental”, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de todos. A doutrina brasileira aborda posicionamentos distintos acerca da natureza jurídica desse bem, o que torna necessário seu estudo para melhor compreensão do tema a que se propõe esta pesquisa.

---

214 É problemática a definição mesma de “bem jurídico ambiental”. Numa perspectiva puramente econômica, a natureza não pode ser considerada um “bem”. Alguns aspectos particulares da natureza assumem, juridicamente, essa posição: os minerais, os recursos florestais ou até mesmo a água. É preciso analisar as peculiaridades de cada um deles e sua capacidade de ser objeto de trade-off com o rendimento econômico. Para muitos autores, mesmo esses aspectos particulares, não seriam propriamente “bens” no sentido de sua apropriação pública ou privada, dado o seu pertencimento comunal. Não se problematize essa questão no texto. A expressão “bem” é utilizada como designativo de valor moral e jurídico, mais que utilitário. Veja-se, em sentido jurídico: CADET, 2009. Em sentido mais filosófico: INGOLD, 1987.

215 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

Para isso, primeiramente analisar-se-á o que são os bens particulares e os bens públicos, no ordenamento jurídico brasileiro, para depois analisar as teorias acerca da natureza jurídica do bem ambiental.

Para a doutrina brasileira, bens particulares são “os que tiverem como titular de seu domínio pessoa natural ou jurídica de direito privado”<sup>216</sup>, dispendo o Código Civil com a seguinte dicção: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”<sup>217</sup>.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvaldi<sup>218</sup> asseveram que aos bens particulares podem ser atribuídas as características da alienabilidade, penhorabilidade e da prescritibilidade.

Diante disso, e considerado ser o meio ambiente um direito difuso (conforme artigo 81 do CDC)<sup>219</sup>, verifica-se que a natureza jurídica do bem ambiental não pode ser enquadrada como bem particular, pois o bem particular está circunscrito na esfera individual, pertencendo a um indivíduo (ou mais de um), o que permite o seu fracionamento, ou a sua alienação ou penhora.

E mais, a defesa e proteção do bem particular competem ao sistema jurídico destinado aos interesses individuais, que é orientada por disposições de natureza civil, como o Código Civil e o Código de Processo Civil.

Pela linguagem constitucional, o bem ambiental, ao contrário, não pertence a uma pessoa em si mesma considerada; pertence a uma coletividade, que é indeterminada, além de pertencer às futuras gerações. O bem ambiental não pode ser fracionado, nem alienado ou penhorado.

---

216 DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 171.

217 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 29 jun. 2017.

218 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 528.

219 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 27 jun. 2016.

A análise quanto à possibilidade de ser o bem ambiental um bem público enseja a leitura do artigo 99 do CC/2002 e seus incisos<sup>220</sup>:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>221</sup>, são bens públicos, “em sentido amplo, todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”. São todos os bens cujo domínio pertença à União, ou ao Estado, ou ao Município e/ou ao Distrito Federal.

Percebe-se que os bens públicos são divididos em três classes: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominiais. Uma leitura simples já se faz perceber que o CC/2002 traz a definição do que são os bens de uso comum do povo, conforme expressão utilizada no artigo 225 da CRFB/88. Diante disso, importa dizer se seria o bem ambiental, nos estritos termos da CRFR/88, um bem público de uso comum do povo, conforme definição exarada no CC/2002.

---

220 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 jun. 2017.

221 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 493.

Maria Helena Diniz<sup>222</sup> afirma que:

[...] os bens de uso comum do povo, embora pertencentes a pessoa jurídica de direito privado interno, podem ser utilizados, sem restrição e gratuita ou onerosamente, por todos, sem necessidade de qualquer permissão especial, desde que cumpridas as condições impostas por regulamentos administrativos.

Com isso, percebe-se que o bem de uso comum do povo, descrito no CC/2002, é um bem cujo domínio é atribuído ao ente público (União, Estado, Município ou Distrito Federal), cabendo à coletividade seu uso e gozo. Seria o bem ambiental de uso comum do povo, previsto no artigo 225 da CRFB/88, considerado um bem público?

Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>223</sup> afirma, categoricamente, que o bem ambiental constitucionalmente protegido é considerado um bem de natureza difusa, entendendo ser, na verdade, um terceiro gênero de bem, criado pela CRFB/88.

Ao estabelecer a existência de um bem que tem duas características específicas, a saber, ser essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo, a Constituição de 1988 formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados.

O autor descarta a possibilidade de enquadramento do bem ambiental como sendo um bem de natureza pública ou privada, nos termos definidos pelo diploma civil e, ainda, afirma que “[...] não só o art. 66, I do Código Civil e 1916 não foi recepcionado em sua inteireza pela Constituição Federal como o art. 99, I, do Código Civil de 2002 é claramente inconstitucional”<sup>224</sup>.

---

222 DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 173.

223 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 160-161.

224 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195.

Segundo Fiorillo<sup>225</sup> a própria Carta Magna de 1988 afirma que o bem ambiental se trata de um novo gênero de bem, ao distingui-lo de patrimônio público, fazendo-o em dois momentos, artigo 5º, inciso LXXIII, de que trata da Ação Popular, quando se verifica que o constituinte destacou o meio ambiente de patrimônio público, e no artigo 129, quando o constituinte diferencia o meio ambiente de patrimônio público, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público.

Nos dois artigos, é possível perceber que a intenção do legislador constituinte foi de trazer tratamentos distintos para o meio ambiente e o patrimônio público, uma vez que são citados, no texto constitucional, como sendo pertencentes a categorias diversas.

Fiorillo<sup>226</sup> ainda destaca que a legislação infraconstitucional seguiu a nova ordem constitucional ao disciplinar no CDC o bem difuso.

Rechaça Fiorillo<sup>227</sup>, portanto, a tese de que o bem ambiental, disposto no artigo 225 da CRFB/88, seja um bem público ou um bem privado, afirmando, categoricamente que se trata de um bem difuso, desprovido da capacidade de se tornar propriedade de quem quer que seja:

Isso passa a exigir do intérprete uma nova compreensão da estrutura apresentada pelo art. 20 da Constituição Federal, que estabelece quais os bens da União, porque diversos deles possuem características de bem ambiental, como os lagos, rios, ilhas fluviais e o próprio mar territorial, cabendo à União não a sua propriedade, porquanto o bem difuso é insuscetível de apropriação [...].

---

225 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195.

226 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 191.

227 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

Contrariamente à tese exposta por Fiorillo<sup>228</sup> está a teoria de Antônio Herman Benjamim (1993), que afirma ser o bem ambiental de natureza jurídica pública, sendo considerado, para o autor, um macrobem.

Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável<sup>229</sup>.

Para o autor, o bem ambiental recebe duas denominações, de macrobem e microbem. Macrobem significa dizer o meio ambiente como um todo, de maneira geral, sem o parcelamento de suas partes. Microbem significa dizer o bem ambiental em partes isoladas, como um rio, uma montanha, um lago, uma casa tombada, etc.

Beatriz Costa<sup>230</sup>, em análise à teoria de Benjamin, assevera que “a utilização do termo macrobem, advindo da linguagem econômica, considera o enfoque econômico aplicado ao bem ambiental”. E, por essa aspiração econômica atribuída ao bem ambiental, é que se encontra o alicerce da teoria do autor ao

---

228 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195.

229 BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 75.

230 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 89.

classificar o bem ambiental como sendo um bem público, de uso comum do povo, tal qual disposto no artigo 99, inciso I, do CC/2002<sup>231</sup>.

Herman Benjamin<sup>232</sup> ainda afirma que a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, chancela seu posicionamento, ao dizer que o meio ambiente é um patrimônio público, por isso que, para o autor, o meio ambiente é um bem público, de uso comum do povo.

Beatriz Costa<sup>233</sup> também aborda a temática acerca da classificação jurídica do bem ambiental no ordenamento jurídico brasileiro e relata que “[...] é necessário usar o bom senso e todo um arcabouço jurídico constitucional para concluir qual é a natureza jurídica que regula essa nova matéria constitucional [...]”.

Concorda-se com a autora especialmente porque as duas teorias expostas deixam dúvidas sobre qual a melhor interpretação para classificar a natureza jurídica do bem ambiental constitucionalmente protegido.

Não há dúvidas de que o meio ambiente se trata de bem diferenciado, que merece um tratamento especial daquele dispensado aos bens particulares e aos bens públicos. Seu enquadramento como bem particular não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio e, como bem público, permanecem dúvidas que merecem ser superadas.

Quando se observa a definição de bem de uso comum do povo, disposta no CC/2002, tende-se a afastar, num primeiro momento, o enquadramento da natureza jurídica civilista do bem ambiental, dada a sua natureza difusa. O bem ambiental pertence a uma coletividade indeterminada, que apresenta natureza indivisível<sup>234</sup>. Ademais de ser indivisível, o bem ambiental ainda possui a característica de ser ubíquo, isto é, “o bem ambiental não encontra

---

231 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 jun. 2017.

232 BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 74.

233 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 91.

234 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 47.



fronteiras espaciais ou territoriais”<sup>235</sup>. O bem público de uso comum do povo (artigo 99, inciso I, CC/2002) não possui essas características. Ao contrário, o que se observa é que os bens públicos, por serem de domínio público, não formam um todo indivisível, e são geograficamente limitados aos espaços territoriais aos quais pertencem.

Outra importante observação acerca do não enquadramento do bem ambiental como bem público é o seu caráter de inalienabilidade e de impenhorabilidade. Tais institutos não se aplicam ao bem ambiental, ao passo que o bem público de uso comum do povo, em caráter excepcional, pode ser alienado ou penhorado, conforme se observa nos termos dispostos no artigo 100 do CC/2002.

Nesse sentido, assevera Diniz<sup>236</sup> que:

Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são indisponíveis ou inalienáveis, logo não podem ser vendidos, doados ou trocados. Tal inalienabilidade poderá ser revogada desde que: a) o seja mediante lei especial; b) tenham tais bens perdido sua utilidade ou necessidade, não mais conservando sua qualificação; assim, ocorrida a desafetação (mudança da destinação) de um bem público, este perderá a inalienabilidade se incluindo no rol dos bens dominicais (art. 101) para tornar possível sua alienação (RT, 711:93, 621:189); e c) a entidade pública os aliene em hasta pública ou por meio de concorrência administrativa (RF, 83:275; EJUSTJ, 12:15).

O que se depreende das disposições da autora é a afirmação de que o bem ambiental não é, em definitivo, um bem público de uso comum do povo, em sentido civilista, tendo em vista que o bem ambiental não perderá a sua utilidade ou necessidade, inimaginável, ainda, o bem ambiental deixar de conservar a sua qualificação, para que possa ser vendido ou trocado ou doado.

Outro aspecto importante é o direito de propriedade em favor daquele que se diga proprietário do bem público ou privado, direito

---

235 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 47.

236 DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174.

constitucionalmente assegurado no artigo 5º, XXII, da CRFB/88. O CC/02 atribui ao proprietário do bem o direito de usar, gozar e dispor da coisa, nos seguintes termos: “Art. 1.228. 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”<sup>237</sup>.

Ocorre que tal disposição da coisa não parece uma característica que se coadunaria com o bem ambiental, tendo em vista que seu titular não é um indivíduo que possa ser destacado, mas sim é uma coletividade indeterminada, do que se deduz que o direito de propriedade seria exercido por todos e não somente por um indivíduo. Ademais, ainda que o bem ambiental fosse de natureza jurídica pública, de uso comum do povo, não se aplicaria o direito de propriedade, dada a impossibilidade de disposição do bem ambiental.

Fiorillo<sup>238</sup>, nesse sentido, afirma que:

O bem ambiental destaca um dos poderes atribuídos pelo direito de propriedade, consagrado no direito civil, e o transporta ao art. 225 da Constituição Federal, de modo que, sendo bem de uso comum como é, todos poderão utilizá-lo, mas ninguém poderá dispor dele ou então transacioná-lo.

Diante disso, entende-se que o bem ambiental é um bem de natureza jurídica difusa, sendo necessário o estabelecimento de seu gerenciamento pelo Poder Público, a quem compete a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O caráter público há de ser entendido como *tertium genus*, de todos, correlacionando direitos e deveres, além de uma gestão pública e, mais especificamente, estatal.

---

237 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 jun. 2017.

238 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 196.

### 3 A questão da (in)disponibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Aspecto polêmico e que encontra bastante divergência na doutrina é a questão da disponibilidade do direito transindividual.

Os direitos transindividuais são direitos que não se enquadram na categoria de público ou privado, como salienta Hugo Mazzilli<sup>239</sup>. São direitos que “ocupam posição intermediária” entre o público e o privado. Direitos que possuem objeto indivisível, titular indeterminado e que pertencem à terceira geração de direitos fundamentais (direitos de solidariedade/fraternidade).

A partir disso, tem-se que a análise quanto à possibilidade ou não de disposição dos direitos transindividuais, em especial as normas de direito ambiental, deve ser guiada pela observância das disposições concernentes aos direitos difusos.

Salienta Geisa Rodrigues<sup>240</sup> que “o direito é indisponível quando seu titular não pode dele renunciar nem realizar concessão que represente redução de seu conteúdo”, seguindo o entendimento de que “todo direito difuso é essencialmente indisponível”, pelas seguintes razões:

São múltiplas as causas eleitas pelo ordenamento jurídico para qualificar de indisponível um direito. Algumas são relacionadas com a qualidade especial do titular do direito (incapaz), outras justificam-se pela própria natureza dos bens envolvidos (bens fora de comércio como o ar, a integridade corporal do homem), outras pelas relações jurídicas que visam proteger (relações de família, de trabalho)<sup>241</sup>.

A autora ainda aduz que a indisponibilidade do direito transindividual difuso se justifica porque os titulares do direito violado não podem,

---

239 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

240 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44.

241 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44.

individualmente, exercer sua manifestação de vontade quanto à disposição do direito litigioso. E, ainda, pelo fato de esses direitos serem considerados indivisíveis e se desenvolverem “no seio da sociedade”, sendo de interesse de todos sua preservação<sup>242</sup>.

Hugo Mazzilli<sup>243</sup>, ao analisar a questão da indisponibilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, adverte que se trata de um “[...] direito fundamental, indisponível, comum a toda a humanidade [...]” e, ainda, que os legitimados ativos não buscam a proteção ou reparação de interesses próprios e sim interesses coletivos, e conclui:

Posto detenha disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, o legitimado extraordinário não tem disponibilidade do conteúdo material da lide. Como a transação envolve disposição do próprio direito material controvertido, a rigor o legitimado de ofício não pode transigir sobre direitos dos quais não é titular<sup>244</sup>.

Há, entretanto, autores, como Ana Luiza Nery<sup>245</sup>, que entendem que a indisponibilidade dos direitos transindividuais deve ser revisitada, de modo a ser admitir a possibilidade de sua “disposição relativa”.

Diante disso, é possível fazer a seguinte análise.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental que, ao mesmo tempo, decorre de direitos como à saúde e à vida, sendo deles garantia. Corolário disso, a CRFB/88 bem como as normas infraconstitucionais buscam atribuir a máxima proteção para a conservação da vida em todas as formas, incluindo a proteção ao meio ambiente.

---

242 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44.

243 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 685.

244 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 443.

245 NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 454.

Tal constatação evidencia-se com uma singela leitura do *caput* do artigo 225, bem como dos incisos do primeiro parágrafo, da CRFB/1988, que tratam do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de sua proteção.

A Constituição dispõe, no *caput* do artigo 225, que o bem jurídico ambiental protegido é o bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Dessa qualificação, pode-se afirmar que o bem ambiental é de natureza jurídica difusa, não integrando “o patrimônio público, mas é patrimônio difuso de todos”<sup>246</sup>.

Nos incisos II e V, o constituinte originário imputou ao Poder Público o dever de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” e de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, respectivamente.

As informações de origem genética dos seres humanos e de outros seres vivos, não importando a espécie, devem ser preservadas, assim como qualquer atividade que importe risco para a vida de qualquer delas deve ser objeto de um controle sistemático por parte do Estado.

Diante disso, e conforme entendimento de Geisa Rodrigues<sup>247</sup>, o direito material ambiental é considerado um direito indisponível. Primeiramente, pelos seus vínculos com a vida e seu devir, inclusive da humanidade<sup>248</sup>. Importou ao legislador constitucional atribuir proteção ao meio ambiente para que a vida, em todas as suas formas, fosse protegida desde o patrimônio genético.

Depois, porque o legitimado ativo à defesa em juízo desse direito, por não ser o titular do direito difuso discutido, não está autorizado a exercer qualquer ato que importe disposição do direito material ambiental, por ser um direito

---

246 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 95.

247 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 44.

248 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal, Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

difuso. É vedado ao legitimado ativo exercer qualquer ato que importe em redução da proteção normativa ora estabelecida pelo legislador<sup>249</sup>. Ademais, as normas de direito material ambiental estão amparadas em fundamentos que buscam a máxima preservação e conservação do meio ambiente, de modo a assegurar a vida e a sadia qualidade de vida de todos. Ninguém é dono da árvore, a todos interessa a sua proteção.

O diploma civil, ao dispor sobre os direitos da personalidade (artigo 11, CC/2002), teve por bem gravar esses direitos como indisponíveis, não sendo facultado ao seu titular exercer qualquer ato que importe disposição dos direitos da personalidade, que são direitos decorrentes do exercício ao direito à vida. O meio ambiente sadio e equilibrado é ainda mais possante: é a condição da própria vida. Dispor, como? E para quê?

## Considerações finais

A análise, que se propôs neste trabalho, tratou da disponibilidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para isso, foi necessário um estudo acerca da fundamentalidade do direito ambiental, como essencial à manutenção do direito à vida. Isso porque se compreende que o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado é essencial à manutenção da vida humana e de outras espécies no tempo e no espaço.

Sendo assim, imperioso afirmar que o meio ambiente também decorre do direito à vida, é seu resguardo e seu pressuposto. Por essa constatação, pode-se afirmar, ainda, que se trata de um direito indisponível por ser necessariamente essencial à manutenção do direito à vida.

Num segundo momento, a pesquisa desenvolveu um estudo acerca das correntes que tratam do bem ambiental constitucionalmente protegido, momento em que foi possível verificar que a natureza jurídica do bem ambiental não se enquadra na tricotomia pública do Direito Civil, adotando-se a teoria de que se trata o bem ambiental de um *tertium genus*, um bem de natureza difusa.

---

249 RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 51.

Tal constatação é de singular importância, isso porque, a depender da natureza jurídica que se adota para o bem protegido, passa-se, então, a definir o tipo de proteção que tal relação acarreta no mundo jurídico.

No caso do bem ambiental, como aprovou considerá-lo como um bem de natureza jurídica difusa, a sua defesa e proteção se dará em caráter, sentido e nome coletivos, por meio dos legitimados ativos extraordinários, previstos no ordenamento pátrio, que buscam a tutela do bem em juízo ou fora dele. Não são os titulares do direito protegido, mas zeladores de sua proteção e gozo potencial e indistinto.

O trabalho analisou, em seguida, a questão da disponibilidade do bem ambiental, considerando ser o meio ambiente um direito transindividual. Nesse ponto, foi possível perceber que a maioria da doutrina entende pela indisponibilidade do bem ambiental, o que demonstra que o meio ambiente, por ser essencial à sadia qualidade de vida, requer especial e distinta proteção.

## Referências

BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Diário Oficial da União, 05 jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 27 jun. 2016.

CADET, Isabelle. Legal Aspects of the Respect of the Environmental Common Goods: On What Foundations Does It or Should It Rely? *In*: BETTIGNIES, Henri Claude; LÉPINEUX, François (eds). **Business, Globalization and the Common Good**. Oxford: Peter Lang, 2009. p. 315-345.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

INGOLD, Tim. **The appropriation of nature: essays on human ecology and social relations**. Iowa City: University of Iowa Press, 1987.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 39. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAMPAIO, José Adércio L. A constitucionalização dos princípios de direito ambiental. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45-85.

SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *In*: SAMPAIO, José Adércio L.; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37-55.

SAMPAIO, José Adércio L. **Direitos Fundamentais**: Retórica e Historicidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio L.; PINTO, João Batista M. O Federalismo Ambiental na Austrália e na Índia. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 67-89, Jan./Jun. de 2015. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/634>. Acesso em: 26 set. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelos dos sistemas de proteção ambiental. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.



# **ICMS ecológico nos municípios do Rio de Janeiro e Fortaleza: uma promoção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**

Ecological ICMS in the municipalities of Rio de Janeiro and Fortaleza: a promotion to the fundamental right to the environment ecologically balanced

## **Dayane Nayara da Silva Alves**

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM-RJ. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: [dayanenayarad@outlook.com](mailto:dayanenayarad@outlook.com)

## **Hortencia Silva Aires Leal**

Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: [hortenciaairesleal@gmail.com](mailto:hortenciaairesleal@gmail.com)

## **Nathasha Bianca Macêdo**

Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade RATIO. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: [nathashabiancam@gmail.com](mailto:nathashabiancam@gmail.com)

**Resumo:** Este artigo se propôs a esclarecer a importância do ICMS Ecológico como um instrumento de preservação do meio ambiente, bem como a valoração econômica a atividades de proteção ambiental, almejando ampliar as iniciativas dos municípios na conservação de espaços naturais e em projetos de saneamento ambiental. O trabalho discorreu acerca dos direitos humanos e a tributação, demonstrando a íntima ligação entre eles, tendo em vista o meio ambiente ser considerado um objeto de resguarda internacional. Perpassando pela análise dos critérios e eficiência do Município do Rio de Janeiro e Fortaleza frente à obediência das leis estatais que disciplinam os respectivos ICMS, em cada Estado, o repasse de suas receitas aos Municípios integrantes de seus territórios, bem como a contraprestação ofertada pelo Estado em decorrência das benesses inseridas no meio ambiente, e que refletem diretamente na qualidade de vida da população. Foi utilizada pesquisa bibliográfica e documental, tanto física quanto virtual, além de metodologia formal e baseada em fatos, já que lida com conceitos e trata de fatos com mensuração.

**Palavras-chave:** ICMS Ecológico, Meio ambiente, Direitos Humanos, Direito Tributário, Municípios.

**Abstract:** This article sets out to clarify the importance of the Ecological ICMS as an instrument for the preservation of the environment, as well as the economic valuation of environmental protection activities, aiming to broaden the initiatives of municipalities in the conservation of natural spaces and environmental sanitation projects. The work covered human rights and taxation, demonstrating the close connection between them, in view of the environment being considered an international safeguard. Through the analysis of the criteria and efficiency of the Municipality of Rio de Janeiro and Fortaleza, in compliance with the state laws that regulate the respective ICMS, in each State, the transfer of their revenues to the municipalities that are part of their territories, as well as the Ecological ICMS, their Criteria and percentage to be allocated. It used bibliographical and documentary research, both physical and virtual, as well as a formal and fact-based methodology, since it deals with concepts and deals with facts with measurement.

**Keywords:** ICMS Ecological, environment, Human Rights, Tax Law, Municipalities.

## Introdução

O rol de direitos extensíveis a todas as pessoas foi duramente conquistado ao longo da história da humanidade, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é extensa quanto ao rol de direitos e garantias que prevê, com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana. Outro norte preconizado por nosso ordenamento jurídico é quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo a ordem econômica se pautar em seu atendimento, o direito à propriedade e a ação estatal.

O ICMS Ecológico é uma maneira de o Estado promover a preservação ambiental ao estipular determinados critérios ambientalmente relevantes, a serem obedecidos pelos Municípios integrantes de seu território e, com isso, obter um repasse de recursos a maior, oriundo da repartição de receita tributária autorizada pela Constituição da República vigente.

O presente artigo se dispõe a analisar os critérios e eficiência do Município do Rio de Janeiro e Fortaleza frente à obediência das leis estatais que disciplinam os respectivos ICMS em cada Estado, o repasse de suas receitas aos Municípios integrantes de seus territórios, bem como o ICMS Ecológico, seus critérios e percentagem a ser repartida.

Dessa forma, a justificativa deste trabalho se encontra em demonstrar a necessidade de o Poder Público atuar em direção à promoção a um meio ambiente saudável usando as possibilidades que tem. O repasse constitucional de ICMS aos Municípios, atendendo a discricionariedade do legislador e Poder Executivo estadual que, por meio de lei, delimita como critérios ambientalmente relevantes a serem atendidos pelos Municípios para obter mais receita, é um meio eficaz de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No primeiro capítulo será estruturado o meio ambiente como objeto de resguarda internacional, motivo pelo qual é um Direito Humano, e a sua positivação pela Carta Constitucional de 1988, tornando-o um direito fundamental indispensável ao respeito da dignidade da pessoa humana, base do nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, será estudado o repasse constitucional de receita tributária oriunda do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação pelos Estados-membros aos Municípios

pertencentes ao seu território, conforme autoriza o artigo 158, inciso IV da Constituição da República de 1988.

O terceiro e último capítulo analisará o ICMS Ecológico do Estado do Rio de Janeiro e Ceará, pormenorizado nos Municípios do Rio de Janeiro e Fortaleza quanto a eficiência no atendimento aos critérios legais e a efetiva atuação na promoção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 1 Direitos Humanos e tributação

A maneira como um Estado se apresenta é fruto de variadas lutas e conquistas sociais para conter o arbítrio de governantes para que cada indivíduo possa desenvolver-se. Os direitos humanos explicitam uma expressão que denota direitos que são garantidos por normas de índole internacional<sup>250</sup>, ao passo que direitos fundamentais já estão positivados nas respectivas Constituições de cada Estado.

Ensinam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet de Branco<sup>251</sup>:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.

[...]

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

---

250 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo, Método, 2017. p. 20.

251 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 134.

A doutrina clássica aponta que a evolução histórica dos direitos fundamentais se divide em três gerações, a primeira se caracteriza pela consolidação dos direitos políticos e civis, referindo-se a uma abstenção estatal e liberdades individuais, como a de consciência, inviolabilidade de domicílio<sup>252</sup>. A segunda geração exige do Estado prestações positivas a garantir os direitos sociais, tais como saúde e educação. E, por fim, os direitos de terceira geração não consideram o homem isoladamente e sim como sujeitos indeterminados ligados por uma circunstância fática, enquadram-se o direito à paz, desenvolvimento, qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural<sup>253</sup>.

O termo *gerações* de direitos encontra-se ultrapassado pela doutrina pátria devido à ideia errônea de que as últimas gerações de direitos ultrapassaram as anteriores, o correto termo seria dimensões dos direitos fundamentais, mais contundentes à evolução e complementariedade com que os direitos devem ser lidos, complementa Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet de Branco<sup>7</sup>:

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.

Nesse sentido, o Brasil apresenta-se como uma República Federativa, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, extraem-se desses preceitos constitucionais os princípios republicano e federativo. O primeiro preza que o poder emana do povo, exercido em seu nome por representantes eleitos, no atendimento de vantagens para os cidadãos, senhores da coisa pública. O segundo informa que o poder político é repartido nos diversos entes que compõem a federação; Estados-membros, Distrito Federal e Municípios que gozam de autonomia, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

---

252 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.

253 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 136.

Dessa forma, tais vantagens a serem disponibilizadas aos administrados, atendendo às necessidades públicas, como o respeito e a promoção aos direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denotam a necessidade de arrecadação, prerrogativa estatal de imiscuir-se de parte do patrimônio e riqueza produzida pelos seus administrados para prestar os serviços que lhes compete fornecer determinados bens e equipamentos públicos a toda população.

O Poder de Tributar, manifestação estatal quando este age com superioridade com a finalidade precípua de arrecadar recursos para o Estado, forma com o particular a relação jurídica tributária que o ordenamento jurídico pátrio disciplina especial atenção às limitações constitucionais ao poder de tributar, com o fito de respeitar e promover os direitos e garantias fundamentais para que essa relação seja lastreada em direitos e deveres recíprocos, de forma equilibrada, transparente e cooperativa.

## **1.1 O meio ambiente como um direito humano e fundamental e sua tributação**

A preocupação com o meio ambiente surgiu na metade do século XX, num contexto fático de intensa degradação ambiental devido à expansão tecnológica, a finitude de recursos naturais, o intercâmbio de relações comerciais e o fenômeno da globalização, bem como as duas grandes guerras e a demonstração do seu poderio de destruição com a habilidade da tecnologia nuclear e seu poder de destruição propiciaram a consciência da proteção ambiental e a internacionalização do debate com esse fim. Acrescenta Paulo Bessa Antunes<sup>254</sup>:

No período compreendido entre 1945 e 1962, o mundo assistiu perplexo, a 423 detonações nucleares comunicadas oficialmente por seus responsáveis. [...] Em 1º de março de 1954, os EUA detonaram a bomba de hidrogênio, com potencial ofensivo de 15 megatons, no atol de Bikini. A carga detonada foi bastante superior às dos artefatos

---

254 ANTUNES, Paulo Bessa de. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 871.



lançados sobre Hiroshima e Nagasaki nos últimos dias da Segunda Guerra Mundial.

A explosão da bomba de hidrogênio suscitou veementes protestos populares. [...] A precipitação de chuvas com resíduos radioativos e toda uma série de outros acidentes fizeram com que a opinião pública internacional se posicionasse firmemente contra a energia nuclear, especialmente quando utilizada como arma de guerra.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo na Suécia, ocorrida em 1972 e promovida pela Organização das Nações Unidas, é considerada um marco onde países industrializados e em desenvolvimento se reuniram para discutir e elaborar princípios e critérios a serem observados pelos estados de forma a melhorarem a qualidade ambiental.

O desdobramento dessa conferência é percebido em 1982, onde os países se reúnem para formar uma Comissão Mundial do Meio Ambiente que expediu um relatório, conhecido como “Relatório de Brundtland”, ou Relatório Nosso Futuro Comum, em 1987. Esse documento dividiu as principais questões a serem enfrentadas pelos países. Ensina Sidney Guerra<sup>255</sup>:

Foram apontados os principais problemas ambientais em três grandes grupos:

- a) poluição ambiental, emissões de carbono e mudanças climáticas, poluição da atmosfera, poluição da água, dos efeitos nocivos dos produtos químicos e dos rejeitos nocivos, dos rejeitos radioativos e a poluição das águas interiores e costeiras.
- b) diminuição dos recursos naturais, como a diminuição de florestas, perdas de recursos genéticos, perda de pasto, erosão do solo e desertificação, mau uso de energia, uso deficiente das águas de superfície, diminuição e degradação das águas freáticas, diminuição dos recursos vivos do mar.
- c) problemas de natureza social tais como: uso da terra e sua ocupação, abrigo, suprimento de água, serviços sanitários, sociais e educativos e a administração do crescimento urbano acelerado.

---

255 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v.2, n.2, 2007. p.6. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, conhecida como Cúpula da Terra ou Rio 92. Teve como diferencial a abertura de um diálogo multilateral, colocando os interesses globais como sua principal preocupação<sup>256</sup>. Nesse diálogo foi aprovada a Declaração do Rio, que conteve diversos princípios ambientais, com especial atenção ao poluidor-pagador, onde quem polui responde por sua atividade impactante, tendo esse valor de ser agregado ao seu custo produtivo de maneira a socializar os prejuízos. Outro documento de suma importância, porém não vinculante, foi a Agenda 21, com metas para diminuir a poluição ambiental e alcançar o desenvolvimento sustentável, a serem fiscalizadas e pressionadas por Organizações não-Governamentais<sup>1º</sup>.

A Constituição da República de 1988 foi a primeira constituição brasileira a cuidar do meio ambiente, deveras, reservou um capítulo inteiro para a sua disciplina, o capítulo VI do título VIII da ordem social. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Afonso Leme Machado e Tiago Fensterseifer<sup>257</sup>:

[...] Além disso, e talvez esta seja a inovação normativo-constitucional mais importante, a CF/88 atribuiu *status* jurídico-constitucional de *direito-dever* fundamental ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, colocando os valores ecológicos no “coração” da ordem jurídica brasileira e, portanto, influenciando todos os demais ramos jurídicos, inclusive a ponto de implicar mesmo limites a outros direitos (fundamentais ou não).

Destarte, tamanha é a importância à proteção ambiental que autores defendem um novo modelo de Estado, o Pós-social ou Estado Socioambiental no qual a proteção à dignidade da pessoa humana resta protegida, bem como os demais direitos tão duramente conquistados ao longo tempo, porém com o adendo da dimensão ecológica guiando o comportamento dos administrados

---

256 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 2, n. 2, 2007. p. 7. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>. Acesso em: 19 jul. 2017.

257 SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Afonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

e os países comprometendo-se com a estabilização e prevenção de riscos e degradação ecológica<sup>258</sup>.

## 1.2 Tributação ambiental no Brasil

A tributação perde o caráter de ser fruto de um instituto de dominação para ser visto como um dever fundamental a ser adimplido por todos os administrados, servindo como a principal fonte estatal para atender às necessidades públicas almejadas pelos detentores do poder, o povo.

Os tributos possuem uma classificação doutrinária quanto à sua finalidade. A finalidade fiscal corresponde aos tributos cuja finalidade é precipuamente arrecadatória, por exemplo, as taxas. Nesse sentido, outra classificação surge, a parafiscalidade que alguns tributos apresentam, sendo diferenciada a pessoa instituidora da exação para a que fiscaliza, arrecada e fica com o recurso obtido, por exemplo, as contribuições corporativas.

Nessa perspectiva, a tributação ambiental encontra-se na classificação da extrafiscalidade dos chamados ecotributos, com a finalidade de intervir na conduta dos contribuintes para que comportamentos contrários ao meio ambiente sejam substituídos Carlos Eduardo Peralta Monteiro<sup>259</sup>:

Grosso modo, os tributos ambientais são instrumentos jurídico-econômicos que permitem orientar as condutas dos diversos agentes econômicos de forma que o seu impacto no meio ambiente seja realizado de maneira sustentável.

[...]

O sucesso desse tipo de instrumento de gestão ambiental dependerá de uma população bem informada e de uma Administração Tributária eficiente. (grifos originais).

Nessa toada, a legislação tributária traz exemplos condizentes com a intervenção no comportamento dos contribuintes e na melhoria da qualidade

---

258 SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36.

259 MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 183.

ambiental, por exemplo, o estado do Tocantins, por meio da Lei Complementar 327 de 2015 cria o Programa Palmas Solar, no qual prevê a redução de até 80% do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), que aproveita a energia solar tão abundantemente ofertada em todo território nacional e também a redução da exação de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) para instalação e manutenção dos painéis fotovoltaicos.

Por derradeiro, o estado do Ceará, por meio da Lei nº 12.023/1992, mais precisamente artigo 4º, inciso IX, atribui uma isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores àqueles que são movidos à energia elétrica, portanto, ecologicamente mais “limpos” dos que utilizam combustíveis à base de petróleo. Ana Barros e Bleine Queiroz Caúla<sup>260</sup>, dispõem

[...] os chamados impostos verdes têm duplo efeito: enquanto elevam o montante arrecadatório para a máquina pública, também incentivam comportamentos mais positivos no tocante à exploração dos recursos naturais. Muitos desses impostos se sustentam no Princípio do Protetor-Recebedor, ou seja, a ação postura sancionatória deixa de ser única política, busca-se o fomento de ações ecologicamente desejáveis por parte do contribuinte, através do incentivo fiscal.

O Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços, objeto do presente artigo, figura como mais uma possibilidade para influir na conduta dos contribuintes a fim de adequá-las aos anseios de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No tocante ao ICMS ecológico ou verde, podemos vislumbrar um repasse de receitas a maior aos Municípios que atendam a critérios ambientalmente relevantes conforme inframencionado.

---

260 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 45.

## 2 Repartições constitucionais da arrecadação do produto da receita de impostos

No Brasil, a forma de Estado que foi adotada, em observância às disposições constitucionais, foi o sistema de Federação, composto pelos Estados, Municípios e o Distrito Federal. A República Federativa do Brasil só será legítima se cada ente da Federação puder dispor de autonomia administrativa e fiscal, em conformidade com esse entendimento, a Constituição Federal de 1988 constituiu a competência tributária de cada ente da Federação. Senão, vejamos o que demonstram Guilherme Simões Crepaldi e Silvio Aparecido Crepaldi<sup>261</sup>:

Em decorrência do princípio da legalidade, temos que o tributo só pode ser instituído por meios de lei. Partindo desse princípio, e verificando-se o disposto no Art. 145 e incisos da Constituição Federal, é de se afirmar que a União é competente para a edição de leis tributárias federais, instituindo, assim, tributos federais. Já aos Estados compete instituir tributos estaduais; aos Municípios, tributos municipais; e, finalmente, ao Distrito Federal, cabe a edição de leis tributárias distritais, instituindo tributos distritais.

No entanto, salienta-se que a existência de tributos na esfera federal é mais concentrada, e devido à constatação dessa discrepância, o legislador constituinte estabeleceu que algumas receitas tributárias devem ser repartidas com os demais entes integrantes da Federação. Essa repartição tem o objetivo de fazer uma melhor distribuição dos tributos arrecadados<sup>262</sup>.

---

261 CREPALDI, Guilherme Simões; CREPALDI, Silvio Aparecido. **Direito Tributário**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.17.

262 CF/88, art. 145 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos; II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. §1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitar os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. §2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

O sistema constitucional de repartição das receitas tributárias foi implementado pela Emenda Constitucional nº 18/65, e atualmente tem previsão expressa na Seção VI, do Capítulo I, Título VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>263</sup>. Para garantir que a repartição constitucional de receitas tributárias seja efetiva, o artigo 160 apresenta expressamente uma vedação à retenção ou qualquer tipo de restrição ao repasse da repartição das receitas tributárias devidas, senão vejamos o que expõe o artigo mencionado:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)<sup>264</sup>.

Apesar de a norma contida no *caput* do supracitado artigo fazer menção apenas à vedação da prática descrita pela União, a mesma norma também é aplicada aos demais entes federados que devam incorrer no repasse dos recursos por eles arrecadados. Por essa razão, a alínea b, do inciso V, do artigo 34 da Constituição Federal de 1988<sup>265</sup>, prevê a intervenção federal, no caso de o Estado ou o Distrito Federal não repartirem a arrecadação do produto da receita de impostos.

---

263 MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 922.

264 BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

265 CF/88, art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: V- reorganizar as finanças da unidade da Federação que: b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

## 2.1 Exceção ao Princípio da Não Afetação

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso IV do artigo 167, faz expressa proibição à vinculação da receita de impostos, conhecido no âmbito financeiro como o princípio da não vinculação, também popularmente conhecido como princípio da não afetação. As exceções a esse princípio estão elencadas no art. 167, trata-se justamente da repartição do produto de arrecadação de impostos.

Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, **ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos** a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) – (grifo nosso)

Nesse sentido, Vanessa Siqueira afirma que “o princípio da não vinculação diz respeito àquilo que se deve fazer com o produto arrecadado a título de impostos”<sup>266</sup>. E Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes e Carlos Valder do Nascimento<sup>267</sup> expõem que existem dois fundamentos e objetivos da consagração constitucional do princípio da não afetação, quais sejam:

- a) [...] preservar a disponibilidade dos meios financeiros para programar gastos, segundo as prioridades escolhidas e a realidade conjuntural esperada [...]
- b) [...] garantir o sentido democrático e redistributivo da receita de impostos, que devem ser arrecadados de acordo com a capacidade

---

266 SIQUEIRA, Vanessa. O princípio da não vinculação de impostos a fundo, órgão ou despesa e a DRU. 2015. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-principio-da-nao-vinculacao-de-impostos-a-fundo-orgao-ou-despesa-e-a-dru/>. Acesso em: 19 jul. 2017.

267 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Financeiro**. 2.V. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360-361.

econômica (dos mais ricos) e aplicados segundo as necessidades públicas [...]

Quanto à exceção ao princípio da não afetação, a sua ocorrência em relação à repartição da arrecadação do produto da receita de impostos é devida por estar legalmente instituído no texto da nossa Carta Magna. Desta forma, o compartilhamento da arrecadação “mostra-se como mitigação ao postulado que veda a vinculação de receita tributária a órgão, fundo ou despesa”<sup>268</sup>.

## 2.2 Repartição do ICMS

O ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, como aduz o inciso II do artigo 155 da Constituição Federal<sup>269</sup>. Senão, vejamos o que dispõe o artigo:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

O ICMS é um imposto que tem a sua arrecadação repartida com os municípios, podemos observar que a apropriação desta arrecadação tem previsão legal, estabelecida no artigo 158, inciso IV e parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre

---

268 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 630.

269 BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.



prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único: As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Eduardo Sabbag<sup>270</sup>, em análise ao dispositivo retromencionado, entende “O Estado-membro (ou Distrito Federal) apropria-se de 75% do volume de arrecadação do ICMS, enquanto  $\frac{1}{4}$  (ou 25%) é dividido com os Municípios”. Desta forma, a repartição do ICMS funciona como um “meio garantidor da autonomia dos entes federados”, visto que esses não teriam sua existência se não possuíssem uma autonomia financeira, fato que seria pouco provável sem a repartição do tributo em análise. Segundo o autor, o ICMS representa aproximadamente oitenta por cento da arrecadação tributária dos Estados.

Pedro Barreto<sup>271</sup> leciona que a porcentagem de 25% que é repassada aos Municípios, quando analisada, é transformada em uma porcentagem relativa a 100%, dos quais “75%, no mínimo, deve ser distribuído de acordo com o índice denominado VAF (valor adicionado fiscal)” que, em breve explanação, significa “a média do valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil”; quanto aos 25% restantes, devidos aos Municípios, esses devem ter a sua distribuição em conformidade com “os critérios fixados por Lei Estadual”.

Diante do informado, é certa a análise quanto à importância do efetivo repasse da arrecadação do ICM, pois caso a arrecadação seja frustrada, os Municípios sofreriam um grande abalo econômico, pois estariam sem receber parte do produto do imposto mais arrecadado nos Estados.

---

270 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 636.

271 BARRETO, Pedro. **Livro/Apostila de Direito Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 106.

### 3. ICMS Ecológico no Brasil

O Brasil tem buscado meios de potencialização de preservação do Meio Ambiente, tendo em vista a preocupação com seus recursos naturais para gerações futuras, além de ter uma questão de desenvolvimento econômico embutido.

Para isso, se utiliza do ICMS Ecológico, o qual destina parte da quantia recebida a questões ambientais, como gestão de resíduos, tratamento de esgoto ou combate a desmatamento. Desse modo, o tributo verde acaba sendo um instrumento de incentivo à proteção ambiental, porque aufere mais aquelas cidades que preservam e cuidam melhor do seu ambiente.

Tomando por base os dados da *The Nature Conservancy* – TNC, em parceria com a Conservação Internacional e a Fundação SOS Mata Atlântica<sup>272</sup>, pode-se dizer que desenvolvido primeiro no estado do Paraná, atualmente o ICMS Ecológico tem aderência de 14 estados brasileiros: Acre, Amapá, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Tocantins. No total, cerca de seiscentos milhões são repassados para os municípios a cada ano. Sendo assim, agora é possível acompanhar o andamento do imposto verde em todo o território nacional.

#### 3.1 O ICMS Ecológico do Município do Rio de Janeiro

O estado do Rio de Janeiro sancionou, em 04 de outubro de 2007, a Lei nº 5.100, com alcinha de ICMS verde, que se trata de um remanejamento tributário com base na conservação ambiental que os Municípios do Rio de Janeiro cumprem em seu território, não se tratando de criação e majoração de imposto. Pode-se também dizer que tal iniciativa corrobora o princípio do protetor-recebedor oriundo do princípio da precaução.

---

272 BRASIL. *The Nature Conservancy*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tnc.org.br/>. Acesso em: 23 jul. 2017.

Em decorrência da integração da questão ambiental como um dos requisitos utilizados para o cálculo dos repasses, a Lei Estadual nº 5.100/2007<sup>273</sup> acresceu o critério ambiental como um dos seis índices elencados pela Lei Estadual nº 2.664/96, que dispõe sobre a distribuição da parcela de 1/4 dos 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS no estado do Rio de Janeiro, o qual encontra-se sob a égide da seguinte redação:

Art. 1º - (...) VI - conservação ambiental: a área e a efetiva implantação das unidades de conservação existentes no território municipal, observadas as disposições do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC e seu correspondente no Estado quando aprovado; as áreas protegidas, a qualidade ambiental dos recursos hídricos, bem como a coleta e disposição final adequada dos resíduos sólidos.

O percentual que fora distribuído ao município do Rio de Janeiro descreveu no artigo 2º, inciso III, §2º da Lei os critérios ambientais e a porcentagem do ICMS Ecológico a ser recebida pelo Município:

I - área e efetiva implantação das unidades de conservação, das Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN, conforme definidas no SNUC, e Áreas de Preservação Permanente – APP, 45% (quarenta e cinco por cento), sendo que desse percentual 20% (vinte por cento) serão computados para áreas criadas pelos municípios; II - índice de qualidade ambiental dos recursos hídricos, 30% (trinta por cento); 32 III - coleta e disposição adequada dos resíduos sólidos, 25% (vinte e cinco por cento).

Atualmente, o Município do Rio de Janeiro é considerado um dos que mais presta serviços ambientais à sociedade, com a criação da unidade de conservação e gestão de resíduos, o mesmo recebe o equivalente ao percentual

---

273 RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5100 de 04 de outubro de 2007**. Altera a lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/d59484fb516c0f13032564fb005eec2f?OpenDocument>. Acesso em: 31 ago. 2019.

de 2,5% (dois vírgula cinco pontos percentuais), do total de ICMS arrecadado pelo Estado, é o que assevera Inês Infante<sup>274</sup>:

O município do Rio de Janeiro possui 38 (73,08%) das 52 unidades de conservação municipais dessa região. Clare (2009) identificou em sua pesquisa junto à prefeitura municipal do Rio de Janeiro, 43 unidades de conservação criadas pelo próprio município. Cinco delas pertencentes à categoria Área de Proteção Ambiental e Recuperação Urbana (APARU), existente apenas no município do Rio de Janeiro. Essas unidades cobrem uma área de 14.803,31ha ou 1,83% da área total de unidades de conservação do estado, 47,70% da área total de unidades de conservação municipais da região e 40,01% de seus remanescentes florestais. Dentro de seu território, o município possui ainda, uma unidade de conservação federal, seis unidades de conservação estaduais e três RPPNs, totalizando 48 unidades de conservação distribuídas dentro de seus limites, sendo o município, em todos os estados, a possuir o maior número e percentual (24,49%) de unidades de conservação.

Desta feita, constata-se a importância que o Município do Rio de Janeiro tem pela busca do desenvolvimento de políticas focadas na preservação do meio ambiente que permitam o desenvolvimento sustentável, buscando sempre sua expansão vegetal, preservação da água e tratamento adequado e a coleta e o descarte do lixo.

Para que pudesse se beneficiar dos recursos previstos na Lei do ICMS Verde, o Município do Rio de Janeiro seguiu o exposto no artigo 3º da Lei nº 5.100/2007, a qual expressa a necessidade de cada município organizar seu próprio Sistema Municipal de Meio Ambiente, compondo-o minimamente de Conselho Municipal do Meio Ambiente, Fundo Municipal do Meio Ambiente, Órgão administrativo executor da política ambiental municipal e Guarda Municipal ambiental.

---

274 INFANTE. Inês de Souza. **Avaliação do potencial dos municípios do estado do Rio de Janeiro de participação no repasse do ICMS Verde a partir da criação de unidades de conservação**. RJ. 2010. p. 45. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Pós-Graduação em Ciências Ambientais e Florestais. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica.

### 3.2 O ICMS Ecológico do Município de Fortaleza

O Estado pode se valer de instrumentos para estimular as práticas ambientalmente relevantes dos contribuintes, sendo o repasse de receita do ICMS, arrecadados pelo Estado aos seus Municípios que atendam a determinados critérios ambientalmente relevantes, um meio eficaz de se atender a tal objetivo constitucional, de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O ICMS é um imposto estadual, tendo suas normas gerais dispostas na Lei Complementar 87/86 e o Estado do Ceará o pormenoriza por meio da Lei nº 12.670/96, regulamentado pelo Decreto nº 24.569/97.

O ICMS Ecológico fora criado em 2007, regulamentado em 2008 e os valores começaram a ser passados para os Municípios em 2009<sup>275</sup>. A Lei ordinária estadual cearense 14.023/2007<sup>276</sup> definiu como critérios de repasse o ensino, a saúde e o meio ambiente, conforme se extrai do artigo 1º, incisos I, II e III, senão vejamos:

Art. 1º ...

I - ...

II - 18% (dezoito por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade Educacional de cada município, formado pela taxa de aprovação dos alunos do 1º ao 5º ano do ensino fundamental e pela média obtida pelos alunos de 2º e 5º ano da rede municipal em avaliações de aprendizagem;

III - 5% (cinco por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade da Saúde de cada município, formado por indicadores de mortalidade infantil;

---

275 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 47.

276 CEARÁ. Lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007. Modifica dispositivos da Lei nº 12.612/1996, que define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/images/legislacao/leg002.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

**IV - 2% (dois por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente** de cada município, formado por indicadores de boa gestão ambiental. (grifo nosso).

As regulamentações do repasse de receita do ICMS aos Municípios cearenses se dão por meio dos Decretos 29.306/2008 e 29.881/2009. O primeiro regulamento em seus artigos 16 a 21, disciplina o Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente (IQM). Segundo Ana Barros e Bleine Queiroz Caúla<sup>277</sup>:

Os cinco pontos básicos para a satisfação ao IQM no Estado do Ceará estão focados unicamente na gestão de resíduos sólidos. São eles: implantação da estrutura operacional de gestão de resíduos sólidos, implantação da coleta sistemática, implantação de coleta seletiva, licenças de instalação e licença de operação para estrutura de disposição final dos resíduos sólidos.

O atendimento a esses índices e a possibilidade de receber os recursos do repasse hoje é feita de maneira proporcional ao atendimento dos quesitos, devido à dificuldade enfrentada pelos Municípios em atender todos os critérios em conjunto.

Cumprе ressaltar que os critérios propostos pela Lei são mutáveis, a depender, em última análise, da vontade legislativa, deparando-se com a ineficiência dos Municípios em atender os quesitos e, com isso, não promover um ambiente saudável que é o fim último para o qual esse repasse fora criado. Dessarte, alguns Estados inovam em critérios e vêm mostrando experiências positivas, tais como Minas Gerais, que delimita como quesito a educação ambiental, e Tocantins que assim o faz com a aprovação de leis ambientais, tratamento de água e outros<sup>278</sup>.

---

277 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 48.

278 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 47.

## Considerações finais

Resta perceptível que o campo tributário vem cada vez mais se tornando um instrumento de defesa e preservação ambiental. Deste modo, é claramente identificada a função social que os tributos carregam em sua essência. Principalmente na geração atual, tão voltada à tecnologia e aos avanços oriundos das ferramentas que trazem praticidade ao cotidiano, mas que degradam o meio ambiente.

É nesse atual cenário social e econômico que o ICMS ecológico pode ser considerado como um meio eficaz de preservação do meio ambiente, sendo dado até mesmo como uma fonte unificadora do valor econômico a atividades de proteção ambiental. Fortalecendo a manutenção do equilíbrio financeiro entre os entes políticos por meio da sistemática de repartição de receitas.

Nessa esteira, vislumbra-se a suma importância que o repasse de receitas tributárias possui para garantir o equilíbrio federativo, podendo ser considerado uma forma muito mais eficaz de atenuação da assimetria econômica dos Estados federados.

As experiências do ICMS Ecológico analisados no Município do Rio de Janeiro e Fortaleza indicam e demonstram, sobretudo, as benesses ocasionadas em municípios onde predominam áreas protegidas e com restrições às atividades econômicas, esses recursos participam significativamente na receita como fonte importante para a economia local.

Visto ainda que apesar de se tratar da região Sudeste e Nordeste a importância do ICMS ecológico para ambos, tomando por base que os dois Estados possuem o fito de conquistar a melhora da qualidade ambiental, eles conseguirão também contribuir com o aumento da qualidade de vida de suas populações.

Percebeu-se com o estudo que os Estados ainda estão em processo de adaptação e implantação do ICMS verde como um meio de aproximação do Fisco ao meio ambiente, não obstante os Estados terem regulamentado as leis Estaduais no ano de 2007. Pois, acima de tudo, o ICMS ecológico tem incutido em sua finalidade extrafiscal uma mudança de paradigmas para a sociedade.

Os resultados têm sido positivos, a tendência é a melhoria dos critérios adotados pelos Estados a promoverem a promoção a um meio ambiente

ecologicamente equilibrado, princípio e direito fundamental preconizado na nossa Constituição da República de 1988.

## Referências

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

BARRETO, Pedro. **Apostila de Direito Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. *In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (org.). Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Vol.4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 39-56.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **The Nature Conservancy**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tnc.org.br/>. Acesso em: 23 jul. 2017.

CEARÁ. **Lei nº 12.023, de 20 de novembro de 1992**. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em: <http://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/12023.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CEARÁ. **Lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007**. Modifica dispositivos da Lei nº. 12.612/1996, que define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/images/legislacao/leg002.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.



CEARÁ. **Decreto nº 29.306, de 05 de junho de 2008.** Dispõe sobre os critérios de apuração dos índices percentuais destinados à entrega de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS pertencente aos municípios, na forma da Lei nº 12.612, de 7 de agosto de 1996, alterada pela Lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/imagens/legislacao/leg001.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

CEARÁ. **Decreto nº 29.881, de 31 de agosto de 2009.** Altera dispositivos do Decreto nº 29.306, de 5 de junho de 2008, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=122886>. Acesso em: 31 ago. 2019.

CEARÁ. **Lei nº 12.670, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe acerca do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=121922>. Acesso em: 31 ago. 2019.

CEARÁ. **Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997.** Consolida e regulamenta a Legislação do Imposto Sobre Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), e dá outras providências. Disponível em: [http://www.legiscenter.com.br/minha\\_conta/bj\\_plus/direito\\_tributario/atos\\_legais\\_estaduais/ceara/decretos/1997/decreto\\_24569\\_de\\_04-08-97.htm](http://www.legiscenter.com.br/minha_conta/bj_plus/direito_tributario/atos_legais_estaduais/ceara/decretos/1997/decreto_24569_de_04-08-97.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** / Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. v. 2, n. 2 (jul./dez. 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/2>. Acesso em: 19 jul. 2019.

INFANTE. Inês de Souza. **Avaliação do potencial dos municípios do estado do Rio de Janeiro de participação no repasse do ICMS Verde a partir da criação de unidades de conservação.** RJ. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Pós-Graduação em Ciências Ambientais e Florestais. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica. Disponível em: <https://tede.ufrjr.br/jspui/bitstream/jspui/1620/4/2010%20-%20In%C3%AAs%20de%20Souza%20Infante.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo, Método, 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.100 de 04 de outubro de 2007**. Altera a Lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/0/edd5f699377a00078325736b006d4012?OpenDocument>. Acesso em: 31 ago. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a distribuição aos municípios de parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/d59484fb516c0f13032564fb005eec2f?OpenDocument>. Acesso em: 31 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOCANTINS. **Lei Complementar 327/2015**. Cria o Programa Solar para estabelecer incentivos ao desenvolvimento tecnológico, ao uso e a instalação de sistemas de conversão e/ou aproveitamento de energia solar no município de Palmas e adota outras providências. Disponível em: <http://resolve.palmas.to.gov.br/media/formularios/a3bae72ca71447b8aced2c985feed924.pdf> . Acesso em: 21 jul. 2017.

# **O direito penal ambiental: análise da aplicação do princípio da precaução nos delitos de perigo abstrato**

The environmental criminal law: analysis of the application of the precautionary principle in the crime of abstract danger

**Gisele Alves Bonatti**

Mestre e doutoranda pela Universidad de Salamanca. Pós-graduada em Direito Ambiental e Processo Civil (PUC-RIO). Pós-graduada em Direito Constitucional e Empresarial (Faculdade Damásio de Jesus). Professora da Universidade Candido Mendes (Centro). Professora convidada da Pós-graduação em Direito Penal Empresarial IBMEC (RJ), ESARJ, FASM, MPRJ.

Editora da revista da Faculdade de Direito Candido Mendes.

**Resumo:** O presente trabalho trata da importância do princípio da precaução no contexto da sociedade de risco. Tal princípio cada vez está tomando mais força no ordenamento jurídico tanto nacional como estrangeiro. Neste estudo, se pretendeu analisar a implementação do princípio da precaução por meio da tutela penal preventiva, mais precisamente, delito de perigo abstrato. Questiona-se se o delito de perigo abstrato é a via mais adequada para a implementação do princípio da precaução e analisa-se a hipótese do delito de perigo hipotético como norma mais adequada.

**Palavras-chave:** Sociedade de risco. Precaução. Delito de perigo abstrato. Delito de perigo hipotético. Meio Ambiente.

**Abstract:** This paper deals with the importance of the precautionary principle in the context of the risk society. This principle is increasingly taking force in national and foreign legal order. In this study, it was intended to analyze the implementation of the precautionary principle through preventive criminal tutelage, more precisely, crime of abstract danger. It is questioned whether the abstract danger is the best way to implement the precautionary principle and analyzes if the hypothetical criminal offense as the most adequate standard.

**Keywords:** Society of risk. Precaution. Crime of abstract danger. Hypothetical criminal offense. Environment.

## Introdução

No presente trabalho buscamos analisar um dos principais debates do Direito Penal Ambiental que é a criação dos delitos de perigo abstrato. Parte da doutrina critica esse tipo de delito por entender que afronta garantias penais constitucionalmente previstas, como o princípio da lesividade, isto é, são apenas aceitas como passíveis de punição por parte do Estado as condutas que lesionem ou coloquem em perigo (concreto) um bem jurídico penalmente protegido. Por existir forte debate sobre o tema, escolhemos esta oportunidade para que, ainda que de maneira breve, possamos estudar tal problemática.

Temos dois objetivos centrais neste trabalho. O primeiro é demonstrar a necessidade de criação de normas de caráter de prevenção, diante do modelo de Sociedade de Risco (modelo de sociedade que aportou benefícios, contudo trouxe também uma série de consequências nocivas, como os danos

ambientais, que além do desequilíbrio ecológico em si, repercutem em diversos direitos humanos como saúde e moradia). Como segundo objetivo, faremos uma reflexão nos questionando se a criação dos delitos de perigo abstrato é o meio mais adequado para atingir a concretização do princípio da precaução, ou se existe outro meio mais viável para esse fim, sem que viole o Princípio da lesividade consagrado pela doutrina penalista.

Para alcançar tais objetivos, percorremos doutrina nacional e estrangeira, em especial a doutrina espanhola, além de fazermos referências a documentos resultantes de conferências internacionais e legislação internacional e nacional.

Como estrutura para o desenvolvimento do artigo, o dividimos em quatro tópicos. Começamos pela análise da sociedade de risco e o surgimento do direito penal ambiental. Feito isso, passamos ao estudo do princípio da precaução como instrumento essencial para evitar os riscos derivados das condutas humanas no contexto da sociedade de risco. No tópico seguinte, fazemos uma análise mais detida do significado do princípio da precaução. Por fim, faremos uma reflexão sobre a tutela penal preventiva, dando enfoque ao delito de perigo abstrato como instrumento para a concretização do princípio da precaução. Passamos então para as nossas conclusões finais.

Não pretendemos esgotar o tema, apenas trazê-lo para reflexão, e desta forma contribuir para o desenvolvimento da questão que ainda encontra bastante crítica doutrinária.

## **1 A sociedade de risco e o direito penal ambiental**

Atualmente, percebemos a intensa crise ambiental, a qual tem acelerado em razão do modelo de crescimento econômico e demográfico desenvolvido ao longo do século XX, o que de forma palpável nos tem mostrado que estamos ultrapassando os limites naturais que o nosso planeta Terra pode suporta<sup>279</sup>. O homem, em sua desenfreada aspiração por riqueza, principalmente nos último cem anos, abraçou um modelo de crescimento econômico e industrial

---

279 GUERRA, Sidney. **Direito Internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 01.

sem considerar, na maior parte das vezes, o custo ou o sacrifício que o meio ambiente sofre<sup>280</sup>.

Se compararmos a sociedade atual com outras sociedades pré-industriais, não podemos deixar de perceber que os danos cometidos por estas não ultrapassavam as fronteiras da exploração, é dizer, a extração que era realizada dos recursos naturais, apesar de causar impacto, não necessariamente degradava o meio ambiente. Provavelmente, isso se fundamentava em uma menor demanda de exploração, que em nenhum caso alcançava os altos níveis de irresponsabilidade dos tempos atuais<sup>281</sup>.

Em conformidade com a teoria “dos riscos da modernização”, desenvolvida por Ulrich Beck, também chamada de Teoria da Sociedade de Risco, entendemos que a modernidade não só produz riqueza por meio da industrialização e de avanços tecnológicos, mas também leva a riscos. Para Beck, a acepção da palavra “risco” seria “a possível destruição da vida na Terra”<sup>282</sup>.

De acordo com a doutrina de Beck, apesar dos riscos sempre existirem, em épocas anteriores os riscos eram diferentes “se tratavam de riscos pessoais, não de situações globais de ameaça que surgem para toda a humanidade (...) naquele tempo, diferente de hoje, os perigos atacavam o nariz e os olhos”<sup>283</sup>. Em outras palavras, antes os riscos e danos eram perceptíveis pelos sentidos humanos, enquanto atualmente, ao contrário, são imperceptíveis e projetam seus efeitos ao longo do tempo sem haver certeza e controle de seu grau de periculosidade, como, por exemplo: o aquecimento global, mudanças climáticas, elementos tóxicos nos alimentos, chuva ácida, ameaça nuclear. Nessa esteira, Leite afirma que os atuais danos se caracterizam por universais, com efeitos incalculáveis e imprevisíveis, sendo desta forma a sociedade de

---

280 LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck. **Dano ambiental**: do indivíduo ao coletivo extrapatrimonial. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

281 TRENNEPOHL, Terence Dornelles. “O desenvolvimento econômico da sociedade moderna e o princípio da precaução no Direito Ambiental”. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco. **Direito Ambiental**: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 465.

282 BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 27.

283 BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 27.

risco uma sociedade catastrófica, tendo como vítimas não apenas as presentes, mas também as futuras gerações<sup>284</sup>.

Em definitivo, a crise ambiental, provém de um determinado modelo de desenvolvimento econômico e industrial que prometia o bem-estar para todos, e que lamentavelmente não se cumpriu, pois apesar de todos os benefícios tecnológicos, tal desenvolvimento resultou numa degradação ambiental planetária de forma indiscriminada, e conseqüentemente na violação de diversos direitos fundamentais como: saúde, moradia, trabalho, alimentos, água<sup>285</sup>.

Como prova do anterior, a Conferência do Clima, realizada em Paris, 2015 (COP 21), reconhece que as mudanças climáticas são um problema da humanidade, representando uma ameaça aterradora para as sociedades humanas e planeta, o que exige a urgente cooperação mais ampla possível de todos os países<sup>286</sup>. Durante a conferência foi apresentado o estudo “Mudanças climáticas e Direitos humanos”<sup>287</sup>, pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que demonstra de forma bastante esclarecedora a relação entre direitos humanos e as mudanças climáticas<sup>288</sup>.

Diante desta nova realidade, destes novos riscos que a atual sociedade assumiu, os Estados devem buscar instrumentos que evitem tais riscos.

---

284 LEITE, José R. “Sociedade de risco e Estado”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.154.

285 Em relação ao direito fundamental à água, conferir a obra 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; CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 167-188.

286 NAÇÕES UNIDAS. **Convención marco sobre el cambio climático** -FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1. Publicado 12 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2016.

287 NAÇÕES UNIDAS. **Climate Change and Human Right**. UNEP. 2015. Disponível em: [file:///Climate\\_Change\\_and\\_Human\\_Rightshuman-rights-climate-change.pdf.pdf](file:///Climate_Change_and_Human_Rightshuman-rights-climate-change.pdf.pdf). Acesso em: 3 jan. 2016.

288 Sobre o tema das mudanças climáticas e a responsabilidade do Estado em dar uma resposta ao efeito do desequilíbrio ambiental, sugerimos a leitura da autora BORRÁS, Susana. El deber de cuidado de los Estados frente a los desafíos del cambio climático. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (org.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 19-52. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

Segundo Hilgendor<sup>289</sup>, os riscos podem ser evitados, uma vez que decorrem da decisão humana, verificando, dessa forma, a possibilidade de se aplicar o Direito Penal como um mecanismo para reprimir condutas de riscos, chamando esse fenômeno de Direito Penal da Sociedade de Risco (Risikostrafrecht). Desta forma, o Direito Penal passa a ter a função de prevenção e controle de fontes de perigo.

Nessa linha, segundo Winfried Hassemer<sup>290</sup>, o Direito Penal atualmente é utilizado como instrumento de controle de criminalidade, como um meio de direcionamento social, se distanciando do modelo clássico de proteção subsidiária de bens e garantia do cidadão em face do poder punitivo Estatal.

Com isso posto, o Direito Penal não se resume mais a uma resposta adequada a um injusto pretérito, mas sim, um instrumento para controlar o futuro, principalmente quando presentes ações que possam estar configurando um risco à dignidade da pessoa humana, seja daqui a um mês, um ano, dez anos, cem anos.

Bens jurídicos como a vida, integridade física, liberdade, são indiscutivelmente merecedores de tutela penal, uma vez que, sem a proteção de tais bens não é possível vislumbrar a existência da dignidade humana enquanto liberdade de autodeterminação<sup>291</sup>. Entretanto, ao se tratar de bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente, o objeto de tutela encontra objeções.

Contudo, conforme afirma Bottini<sup>292</sup> “a preservação da dignidade humana exige a tutela de bens coletivos”. Desta forma, de acordo com o exposto anteriormente, não há como distanciar a qualidade de vida do ser humano e

---

289 Hilgendor (1999. p. 10 apud SANCHÉZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 82).

290 HASSEMER, Winfried (2008. p. 255 apud Ribeiro; Luiz Gustavo Gonçalves; COSTA, Marina Lage Pessoa. O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.16)..

291 ANDRADE, Guilherme Oliveira. O aparente conflito entre o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e o Princípio da Precaução. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Temas atuais de Direito Penal Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 117.

292 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N° 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74



o equilíbrio ecológico. Por essa razão, fundamentado na dignidade da pessoa humana é legítima a tutela penal ambiental.

O tema é complexo, há muito debate doutrinário a respeito da transição do Direito Penal “clássico” ao “moderno”, ou também chamado de “contemporâneo”, conforme pode ser verificado em obras como dos autores Hassemer<sup>293</sup>, Sánchez<sup>294</sup>, Bottini<sup>295</sup>, Berdugo<sup>296</sup>. Diversos temas do Direito Penal Ambiental ainda são controvertidos na doutrina e merecem análise aprofundada<sup>297</sup>. Sem embargo, nos aproximando do objetivo principal do nosso trabalho, vamos passar à análise do princípio da precaução neste contexto de sociedade de risco, para posteriormente alcançarmos a reflexão de sua viabilidade de aplicação pelo Direito Penal.

## 2 O princípio da precaução e a sociedade de risco

Segundo Beck<sup>298</sup>, “O princípio de sobrevivência exige legitimamente que se salve a vida e que se afaste todo perigo que a ameace”. Já é inerente da condição do homem, o hábito de prevenir-se a fim de evitar contratemplos, situações desfavoráveis do seu cotidiano. Basta pensarmos que uma pessoa que leva um choque, evita colocar novamente a mão nos fios e tomadas elétricas. Antes de levar o café à boca, ou uma sopa, verifica-se se está muito quente para não se queimar. Antes de colocar o carro na estrada em uma viagem, se

---

293 HASSERMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Safe, 2008.

294 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

295 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

296 BERDUGO, Ignacio. **Viejo y Nuevo Derecho Penal**: principios y desafíos del derecho penal hoy. Madrid: Iustel, 2012.

297 São diversas discussões que giram em torno do direito penal moderno. A modo de exemplo, no âmbito do direito penal ambiental existem debates acerca do confronto entre princípios da dogmática penal e princípios ambientais, como, por exemplo: Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e o Princípio da precaução; Princípio da legalidade e norma penal em branco previsto na lei de crimes; Severas críticas ao crime de perigo abstrato e delitos por acumulação; E até hoje um forte debate sobre a imputação de crimes ambientais aos dirigentes de empresas; E também a exigência ou não da responsabilidade solidária entre as pessoas físicas e pessoa jurídica.

298 BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Tradução: BOSCO, Estevão. **Ideias. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas**. Universidade Estadual de Campinas. Ano 1, Nova série, 1º semestre, 2010. São Paulo: Unicamp, 2010. p. 232.

faz uma revisão no carro. Na seara ambiental, é bastante racional a atuação preventiva a fim de combater atividades nocivas <sup>299</sup>.

O Direito, como qualquer outra ciência, é informado por princípios fundamentais que norteiam e direcionam suas normas <sup>300</sup>. Dentre os mais destacados princípios constitucionais que informam o Direito ambiental, analisaremos o princípio da precaução, por sua importância para o fundamento de tutelas judiciais preventivas.

Beck<sup>301</sup>, em seu texto “A política na sociedade de risco”, traz a discussão de que frente à profunda crise ambiental global, resultante dos efeitos não pensados da produção industrial, deve-se refletir sobre eles por meio da dúvida, construindo uma nova modernidade que exija a autodeterminação e lute contra os perigos, catástrofes e resultados imprevisíveis desta sociedade industrial.

A “dúvida” suscitada por Beck, interpretamos no sentido de não aceitarmos o imposto pelo poder industrial, político, econômico, sem ao menos exigir um estudo, laudo, que comprove que tais atos não estão colocando em risco a vida das presentes e futuras gerações, assim como o equilíbrio ambiental.

Desta forma, o princípio da precaução atrela-se à cautela de evitar o risco ambiental. O direito ambiental tem como seu principal objetivo preservar e conservar a qualidade ambiental propícia à vida em todas as suas formas. Assim, o fundamento das normas ambientais é evitar que o dano aconteça, pois, uma vez o dano ocorrido, sua reconstituição é praticamente impossível<sup>302</sup>.

### 3 Princípio da precaução

---

299 CATALAN, Marcos Jorge. Fontes principiológicas do Direito ambiental. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 497.

300 RODRIGUES, Marcelo Abelha. O direito ambiental no século 21. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 281.

301 BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Tradução: BOSCO, Estevão. **Ideias. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas**. Universidade Estadual de Campinas. Ano 1, Nova série, 1º semestre, 2010. São Paulo: Unicamp, 2010. p. 229-252.

302 RODRIGUES, Marcelo Abelha. O direito ambiental no século 21. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 285.

Primeiramente, cabe fazer a distinção entre o Princípio da prevenção e o Princípio da precaução.

Os princípios da prevenção e precaução não são sinônimos. Eis a diferença.

O princípio da prevenção, deve ser incitado ante um mal que a ciência já tem estudos suficientes para afirmar que determinada atividade é perigosa. São riscos já conhecidos. Os atos baseados nesse princípio se movem em cima de certezas científicas. Previne-se contra o dano que se conhece.

O objetivo do princípio da prevenção é impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente por meio de medidas preventivas, antes do início da implementação de estabelecimentos e atividades consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras. O típico exemplo de aplicação desse princípio é a exigência do Estudo de impacto ambiental, previsto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, da atual Constituição brasileira. Na legislação infra-constitucional, a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/1981, artigo 9º, dispõe sobre diversos instrumentos voltados à prevenção de degradações ambientais, como o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, zoneamento ambiental, avaliação de impacto ambiental e licenciamento ambiental.

Se pensarmos nas seguintes hipóteses, uma indústria fabricante de embalagens trabalha sem licença de operação ou uma construção de um edifício em área de preservação permanente. Em ambos os casos, notamos que, além do descumprimento da legislação ambiental, já se tem estudos científicos que comprovam os possíveis danos gerados por tais atividades. Por esse conhecimento técnico científico, se aplica o princípio da prevenção, por meio de instrumentos processuais preventivos, que irão contra a continuação do ato ilícito (descumprimento da lei) e, se for o caso, contra os danos ocorridos.

Por sua vez, igual ao princípio da prevenção, o princípio da precaução deve ser invocado nas hipóteses em que exista a possibilidade da ocorrência de dano irreversível ao meio ambiente, contudo há a falta de estudos sobre a potencialidade do dano.

A falta de estudos não pode ser utilizada como argumento para permitir a degradação ambiental, ou seja, não é pela falta de certeza científica da

ocorrência do dano ambiental que se deve permitir uma atividade com potencial lesivo ao meio ambiente<sup>303</sup>.

Nessa esteira, Paulo Affonso Leme Machado<sup>304</sup> esclarece que o incerto “não é algo necessariamente inexistente”, pode existir e ser algo sem dimensões claras, algo que ainda não foi verificado, constatado. Por isso, se aconselha que seja avaliado, pesquisado. Desta forma, a informação incerta é um dos motivos para invocar-se o princípio da precaução.

Compartilhando do mesmo entendimento, Michel Prieur, segundo Machado<sup>305</sup>, entende que, diante da incerteza ou da controvérsia científica, é mais prudente tomar medidas rigorosas de proteção a título de precaução, do que nada fazer, desta forma respeitando e concretizando o Direito fundamental das futuras gerações. Álvaro Mirra<sup>306</sup> considera que o motivo desse posicionamento é simples, explicando que, nas hipóteses em que se puder ter certeza absoluta dos efeitos prejudiciais das atividades questionadas, os danos por elas provocados na saúde, no meio ambiente, já terão atingido uma proporção tão grande, que não poderão ser mais revertidos ou reparados, ou seja, serão irreversíveis.

Exemplificando o anterior, basta pensarmos no caso do medicamento Talidomida, indicado especialmente para gestantes cinco décadas atrás. Diante das denúncias que tal medicamento poderia provocar efeitos nefastos nos fetos, por ainda naquela ocasião não se ter nenhuma certeza científica, o governo brasileiro ignorou tais denúncias, e permitiu a continuação da comercialização do medicamento no país. Ao passo que no Japão e nos EUA, a evidente relação entre o consumo do remédio e o nascimento de crianças com redução dos seus membros superiores e/ou inferiores, constituiu indício suficiente para adoção de medidas de precaução, como a retirada do produto

---

303 CATALAN, Marcos Jorge. Fontes principiológicas do Direito ambiental. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental**: fundamentos do Direito Ambiental. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 498.

304 MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental**: fundamentos do Direito Ambiental. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 593-594.

305 MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental**: fundamentos do Direito Ambiental. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 593.

306 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 62.

do mercado <sup>307</sup>. Em suma, enquanto o Brasil relutava em aceitar os indícios, na espera de uma certeza científica, mulheres estavam tendo seus filhos deformados, pela falta de precaução do Estado.

No atual cenário, diante da introdução de novas substâncias ou tecnologias no mercado, como exemplo: lançamento de alimentos geneticamente modificados, novos medicamentos, novas tecnologias de comunicação, tudo isso pode ser arriscado e deve ser precedido de estudos multidisciplinares para analisar suas possíveis consequências, principalmente sob a perspectiva ambiental e sanitária <sup>308</sup>.

#### **4 Antecipação de tutela penal: dos crimes de perigo abstrato**

Em conformidade com o exposto até o presente momento neste trabalho, a Teoria da Sociedade de Risco pressupõe uma adequação das normas para prevenção de riscos, inclusive utilizando o direito penal como mecanismo para assegurar o bem jurídico ambiental.

Como principal instrumento desta dogmática jurídico-penal do risco, consideramos a antecipação de tutela penal, em especial a criação de crimes de perigo abstrato, como tutela de bens jurídicos transindividuais.

Em suma, o objetivo da antecipação de tutela penal é a intervenção penal anterior ao momento da lesão a um bem jurídico tutelado. Conforme explica Sánchez García de Paz, essa tendência ganha notoriedade nas décadas de 50 e 60, marcada por duas grandes circunstâncias. A primeira se refere ao fenômeno terrorista, que exige por razões óbvias, uma intervenção cada vez mais antecipada, desde os atos preparatórios. A segunda circunstância, que é a que nos interessa, se refere ao desenvolvimento tecnológico e industrial, já comentado anteriormente, o qual gera novas ameaças e novas fontes de perigo, de grande potencial e difícil e/ou impossível reparação, portanto, exigindo também uma antecipação de tutela penal<sup>309</sup>.

---

307 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 141.

308 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 140.

309 SANCHÉZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 36.

A diferença entre os delitos de perigo concreto e de perigo abstrato reside em que nos crimes de perigo concreto é exigida a demonstração de que o bem jurídico tenha sido posto em perigo, ao contrário, nos delitos de perigo abstrato, segundo Sánchez García de Paz, “o comportamento se tipifica em atenção à sua periculosidade geral para o bem jurídico, baseada em dados da experiência comum”<sup>310</sup>, isto é, a consumação do crime de perigo abstrato ocorre com a prática da conduta prevista no tipo penal, estando afastada qualquer exigência de comprovação da produção do perigo real <sup>311</sup>.

Há um claro afastamento do direito penal clássico, e por isso as severas críticas por parte da doutrina, em especial relação ao princípio da lesividade, que passa a ser relativizado com a previsão do delito de perigo abstrato.

Nesse sentido, nas palavras do professor Ignacio Berdugo<sup>312</sup>, que não comparte integralmente da fórmula do perigo abstrato, lemos:

Es preciso recordar que la técnica de los tipos de peligro, tanto concreto como abstracto, se emplea para adelantar la protección de determinados bienes jurídicos, normalmente aquellos de mayor importancia, la vida o la salud o para la protección de supuestos o reales nuevos bienes jurídicos. El recurso por el legislador a la formulación de delitos de peligro abstracto, al presumir la existencia de riesgo para estos bienes jurídicos cuando se lleva a cabo una determinada conducta, por ejemplo conducir bajo la influencia de bebida alcohólicas o a una velocidad excesiva, es cuestionable desde la perspectiva de la función legitimadora del bien jurídico protegido, pues al prescindir de la prueba de su puesta en peligro, se está estableciendo como contenido material del delito la desobediencia a la regulación administrativa de una fuente de peligro, es decir, el quebrantamiento del riesgo permitido, pero que aún no se ha materializado ni en la lesión, ni en el peligro para un bien

---

310 SANCHÉZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999. p. 39.

311 RITTEL, Guilherme Rodolfo; TOMIOZZO, Henrico César. Delitos por acumulação (Kumulationsdelikte) e sociedade de risco. In: BONATO, Gilson (org.). **Temas atuais de Direito Penal Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 89.

312 BERDUGO, Ignacio. **Viejo y Nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del derecho penal hoy**. Madrid: Iustel, 2012. p. 227.

jurídico. En los dos casos mencionados, objeto del art. 379 del Código penal, lo que se infringe es la regulación administrativa del tráfico rodado. Este hecho lleva a un sector de la doctrina, entre los que me incluyo, a rechazar el empleo de esta fórmula.

Dessa forma, para Berdugo, nos delitos de perigo abstrato o que se busca punir não é a lesão (porque esta ainda não existe) e nem o perigo real, uma vez que não é necessário o perigo real para a aplicação do tipo de crime de perigo abstrato. O que a norma penal persegue é a infração do mando do dispositivo legal. No entendimento desse autor, o recurso a tipificação de condutas em que se presume perigo, implica, na prática, uma pretensão de facilitar o uso do Direito Penal, pois ao prescindir o prejuízo, se prescinde também a necessidade de demonstrar a causalidade<sup>313</sup>.

Por tudo isso, concordando que os bens jurídicos coletivos devem, sim, ser protegidos contra lesão ou perigo concreto, Berdugo alerta que os mecanismos de tutela penal aplicados devem estar pautados em todas as garantias constitucionalmente consagradas, entre as quais se encontra, sem dúvidas, o princípio da lesividade<sup>314</sup>.

Compartindo o entendimento do professor Berdugo e da doutrina que o acompanha, consideramos que a imputação do delito de perigo abstrato deve ser imposta com o máximo respaldo constitucional e legal. Critérios devem ser desenvolvidos para a sua aplicação e sua efetividade, evitando a banalização da norma penal e a violação de garantias constitucionais penais.

Por essa razão, acolhendo abrigo na doutrina espanhola, trataremos de expor nos próximos parágrafos um início de uma possível solução para a problemática trazida acima.

A doutrina de Tárraga, Maíllo e González, além de trazer uma distinção entre delito de perigo concreto e abstrato, também faz referência a uma terceira categoria de crime de delito, esta é perigo hipotético<sup>315</sup>.

---

313 BERDUGO, Ignacio. **Viejo y Nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del derecho penal hoy**. Madrid: Iustel, 2012. p. 227-228.

314 BERDUGO, Ignacio. **Viejo y Nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del derecho penal hoy**. Madrid: Iustel, 2012. p. 228.

315 TARRÁGA, Maria Dolores Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano; GONZÁLES, Carlos Vázquez. **Tutela Penal Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2017. p. 171.

De la Cuesta Arzamendi, segundo Tárrega, Maíllo e González<sup>316</sup>, desde a década de 80 defendia por construir um tipo básico de perigo para o meio ambiente, em que poderia bastar a aptidão para a produção de um dano ou o perigo hipotético. No mesmo sentido, ainda que se utilizando da nomenclatura de perigo abstrato, a proposta de Mateo Rodriguez-Arias propõe a exigência do órgão julgador em comprovar a realização de uma ação adequada, necessária, para ocasionar dano a algum valor ambiental.

A doutrina jurisprudencial espanhola mais recente já não qualifica a natureza do delito de perigo nem como concreto e nem como abstrato, mas como perigo hipotético, no meio do caminho entre o perigo concreto e o perigo abstrato<sup>317</sup>.

Nas modalidades delitivas de perigo hipotético, também denominado perigo abstrato-concreto, perigo potencial ou delito de aptidão ou idoneidade, não se tipifica, no sentido próprio, um resultado concreto de perigo, mas um comportamento apropriado para produzir perigo para o bem jurídico protegido.

O que deve ser esclarecido, é que não é o elemento do tipo, mas a idoneidade do comportamento realizado para produzir tal perigo. É necessário avaliar que a conduta em questão, nas condições em que se executa, além de vulnerar as normas ambientais, é adequada para originar um risco grave para o bem protegido. E assim afirmam Tarrága, Maíllo e González:

la idoneidad se relaciona con la probabilidad de la concreción del riesgo 'de manera que si este es altamente improbable no se rellenará la tipicidad del delito' y con la medida del riesgo, 'de manera que, si este afectara de forma no relevante al bien jurídico, tampoco se rellenaría la tipicidad'<sup>318</sup>.

Dessa forma, seguindo o entendimento supracitado, o juiz deve realizar prova da adequação da conduta ao resultado danoso ou possível dano ao bem jurídico, isto é, terá que comprovar, no caso concreto, se a conduta realizada

---

316 TARRÁGA, Maria Dolores Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano; GONZÁLES, Carlos Vázquez. **Tutela Penal Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2017. p. 175.

317 TARRÁGA, Maria Dolores Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano; GONZÁLES, Carlos Vázquez. **Tutela Penal Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2017. p. 174.

318 TARRÁGA, Maria Dolores Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano; GONZÁLES, Carlos Vázquez. **Tutela Penal Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2017. p. 175.



era adequada para colocar em perigo o bem jurídico meio ambiente. Não sendo assim, não é razoável ditar uma sentença condenatória, por muito que se afirme que se trata de um delito de perigo abstrato, porque além de ir contra o princípio da presunção de inocência, também se supõe uma violação ao princípio da lesividade.

O delito de perigo hipotético aparece como um elemento do tipo de ação, compreendido como o dolo do autor, sendo necessário que, desde o ponto de vista *ex ante*, apareça como absolutamente provável que daquela ação se derive a lesão ao bem jurídico tutelado. Segundo Gonzalez Cuéllar (2005, p. 8) *apud* Tárrega, Maíllo e González, “*en los delitos de idoneidad el pronóstico de riesgo se habrá de efectuar mediante un juicio ex ante sobre la potencialidad de la acción para causar un hipotético resultado dañoso*”<sup>319</sup>.

Com isso posto, passamos às nossas considerações finais.

## Considerações finais

O principal objetivo do presente estudo foi trazer um dos temas discutidos na doutrina, que é a tutela penal ambiental, com o foco específico na discussão sobre o aparente confronto entre a imputação do crime de perigo abstrato para a tutela do bem jurídico ambiental e as demais garantias constitucionais penais, mais precisamente, o princípio da lesividade.

Primeiramente, concluímos que, de acordo com a Teoria da Sociedade de Risco, urge pelo desenvolvimento de normas que atuem de forma preventiva a danos ambientais, pois uma vez consolidados, difícil ou impossível será sua reparação. Por essa razão, temos normas ambientais de puro caráter preventivo, como os princípios de prevenção e precaução ambiental.

Segundo, o legislador passou adotar mecanismos de prevenção, inclusive no âmbito penal, com a criação de tipos penais, de tutela antecipada, como os crimes de perigo abstrato, que, por sua vez, concretizam o princípio da precaução. Entretanto, existe dificuldade na aplicação dos delitos de crime abstrato, pois, segundo a doutrina, a

---

319 TARRÁGA, Maria Dolores Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano; GONZÁLES, Carlos Vázquez. **Tutela Penal Ambiental**. Madrid: Dykinson, 2017. p. 174.

sua própria estrutura vai contra as garantias penais constitucionalmente previstas, como o princípio da lesividade.

Terceiro, analisando a doutrina espanhola, verificamos que além da natureza de perigo concreto e abstrato, também é trazido um terceiro tipo de delito, o perigo hipotético, que se encontra no meio do caminho entre o concreto e o abstrato. Nele conseguimos enxergar uma possível solução para aplicação do princípio da precaução, sem o risco de violar garantias penais previstas no nosso ordenamento jurídico e ao mesmo tempo concretizar a finalidade do princípio da precaução. Consiste na verificação do caso concreto, se a conduta do agente é adequada para causar o dano ambiental e se o agente teria a possibilidade de saber se aquela conduta representava, ainda que de forma mínima, um dano ao ambiente, assumindo assim o dolo eventual.

Dessa forma, não se aplica o delito de perigo concreto, porque não é necessária a verificação concreta do perigo, mas também não se aplica o perigo de delito de perigo abstrato, porque não basta a violação da norma, mas, sim, o delito de perigo hipotético, que consiste na verificação da probabilidade da concretização do perigo, pois se este for altamente improvável, e o agente, por mais cauteloso, não tinha condições de saber das consequências da sua conduta, não há o que se falar na tipicidade do delito.

Reiteramos que de nenhuma forma se pretendeu esgotar o tema, mas, sim, trazer a discussão e recordar da necessidade do aprofundamento da questão em uma próxima oportunidade.

## Referências

ANDRADE, Guilherme Oliveira. O aparente conflito entre o Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal e o Princípio da Precaução. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Temas atuais de Direito Penal Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p.101-124.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Tradução: BOSCO, Estevão. **Ideias. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas**. Universidade Estadual de Campinas. Ano 1, Nova série, 1º semestre, 2010.

São Paulo: Unicamp, 2010. p. 229-253. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649300/15855>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BERDUGO, Ignacio. **Viejo y Nuevo Derecho Penal**: principios y desafíos del derecho penal hoy. Madrid: Iustel, 2012.

BORRÀS, Susana. El deber de cuidado de los Estados frente a los desafíos del cambio climático. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (org.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 19-52. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da Precaução, Direito Penal e Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 71-85.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm). Acesso em: 29 ago. 2019.

CATALAN, Marcos Jorge. Fontes principiológicas do Direito ambiental. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 493-516.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.

HASSERMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Safe, 2008.

LEITE, José Rubens. “Sociedade de risco e Estado”. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**, 6. ed., 2012. p. 165-242.

LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck. **Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 591-611.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 50-66.

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**. v. 6. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p. 167-188. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Climate Change and Human Right**. UNEP. 2015. Disponível em: [file:///Climate\\_Change\\_and\\_Human\\_Rightsclimate-change.pdf](file:///Climate_Change_and_Human_Rightsclimate-change.pdf). Acesso em: 3 jan. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. **Convención marco sobre el cambio climático -FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1**. Publicado 12 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2016.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; COSTA, Marina Lage Pessoa. **O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção** proposto por Winfried Hassemer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RITTEL, Guilherme Rodolfo; TOMIOZZO, Henrico César. Delitos por acumulação (Kumulationsdelikte) e sociedade de risco. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Temas atuais de Direito Penal Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 83-100.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O direito ambiental no século 21. *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito Ambiental: fundamentos do Direito Ambiental**. Coleção doutrinas essenciais. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 275-290.

SANCHÉZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

TARRÁGA, Maria Dolores Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano; GONZÁLES, Carlos Vázquez. **Tutela Penal Ambiental**. Madrid: Editora Dykinson, 2017.

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. “O desenvolvimento econômico da sociedade moderna e o princípio da precaução no Direito Ambiental”. *In*: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco (coord.). **Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 461-477.





Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

# CONSTITUCIONAL





# **A condução coercitiva como violação ao direito ao silêncio: estudo de caso sobre a Operação Lava Jato<sup>320</sup>**

Coercitive conduction as a violation to the right to silence: a  
case study on the lava jet operation

## **Bleine Queiroz Caúla**

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

E-mail: [bleinequeiroz@yahoo.com.br](mailto:bleinequeiroz@yahoo.com.br).

## **José Victor Ibiapina Cunha Moraes**

Advogado. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário Sete de Setembro – UNI 7. Pesquisador do Grupo de pesquisa STF e corrupção: Processo, Morosidade e (Im)Punidade.

E-mail: [victoribiapinacunha@hotmail.com](mailto:victoribiapinacunha@hotmail.com).

## **Sidney Soares Filho**

Estágio Pós-Doutoral em andamento (Universidade de Czestochowa, Polónia). Professor da graduação da Universidade de Fortaleza (Unifor) e Coordenador da Pós-Graduação em Direito e Processo Penal do Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7); Analista Judiciário - Execução de

Mandados (TJ/Ce). E-mail: [sidney@unifor.br](mailto:sidney@unifor.br).

---

320 A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise à luz da constituição e dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes no Brasil de maneira perfunctória para trazer à baila um raciocínio crítico acerca da condução coercitiva que está sendo operada nos processos oriundos da Operação Lava Jato e quando feitos operam profundas violações à Constituição Federal na medida em que ferem de morte o princípio do direito ao silêncio.

**Palavras-chave:** Direito ao silêncio. *Nemo tenetur se detegere*. Operação Lava Jato. Constituição Federal. Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** The present work aims to make an analysis in the light of the constitution and the doctrinal and jurisprudential understandings dominating in Brazil in a perfunctory way to bring to the ball a critical reasoning about the coercive driving that is being operated in the processes coming from Operation Lava Jet and when done There are profound violations of the Federal Constitution insofar as they violate the principle of the right to silence.

**Keywords:** Right to silence. *Nemo tenetur se detegere*. Operation Lava Jet. Federal Constitution. Supreme Federal Court.

## Introdução

É de cediça sapiência que em muitos ordenamentos jurídicos, notadamente nos que vigoram um Estado Democrático de Direito, incluído o do Brasil, recaem sobre aqueles que atuam em um processo como parte, um princípio de ordem constitucional denominado *nemo tenetur se detegere* (não produção de provas contra si mesmo), do qual emana diversos outros princípios, postulados, prerrogativas e orientações, dentre eles o famigerado direito ao silêncio, que é palco de uma longínqua e quase infundável discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos seus limites. Princípio este, na sua maioria, extraído de Tratados e Convenções internacionais, assume importância tamanha que coíbe muitas atuações arbitrárias do Estado Juiz e de seus demais colaboradores, notadamente quando agem dentro de um processo criminal, onde parece haver uma famigerada sede por condenação.

Assim, o princípio visa coibir os desmandos de muitos juízes que, de maneira abusiva, objetivam extrair dos acusados o máximo arcabouço probatório para ensejar uma condenação, de modo que a dignidade humana

é vilipendiada debaixo do Judiciário, que tem não só o dever de julgar, mas de zelar pela Constituição, Múnus que, por vezes, acaba pecando pela insipiência.

Entretanto, não é isso que tem ocorrido em nosso país. Frequentemente acompanhamos desmandos perpetrados pelas autoridades judiciárias, através dos veículos de comunicação, que violam direitos e garantias.

Com os desdobramentos da Operação Lava Jato, que investiga um forte esquema de corrupção dentro da Petrobrás, o então Juiz Sérgio Moro<sup>321</sup>, responsável pelo caso, no intento de obter os depoimentos dos acusados, testemunhas e demais envolvidos, submeteu-os ao que se chama de condução coercitiva. O grande número de conduções realizadas chamou a atenção da mídia e mexeu com juristas, levantando o questionamento da constitucionalidade ou não desse mecanismo, pois, na visão de muitos, mostra-se como uma violação ao direito ao silêncio. O caso levanta ainda mais debates e discussões quando o magistrado do caso age com violação ao próprio dispositivo legal, na medida em que parece esquecer que para se valer dessa medida, aquele que for conduzido deve primeiramente negar-se a comparecer em juízo, para, então, ser conduzido coercitivamente, o que não ocorre.

Assim, há acusados submetidos no interrogatório a procedimentos que “visam sugerir a prática do delito, bem como serem ironizados em seus depoimentos e comparados a marginais por estarem utilizando o direito constitucional ao silêncio”<sup>322</sup>.

Isso se materializa notadamente nos processos que advêm da operação Lava Jato no Brasil, que na tentativa de se encontrar culpados o Judiciário pode estar perpetrando afrontas à Constituição Federal de 1988, na medida em que viola o direito ao silêncio quando determina coercitivamente o comparecimento dos investigados para prestarem depoimento, ou seja, produzirem provas.

Assim, para o desenvolvimento do presente artigo, foi adotada uma metodologia voltada predominantemente para uma abordagem qualitativa, na medida em que trouxemos ensinamentos doutrinários, jurisprudenciais e

---

321 Sérgio Fernando Moro é o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública no governo Jair Bolsonaro.

322 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 79. Disponível em: [http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_62-83/66](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66). Acesso em: 22 jul. 2019.

de artigos científicos acerca do tema, atrelada a uma abordagem ainda de viés quantitativo, na medida em que trouxemos dados numéricos das conduções coercitivas, extraídos do Ministério Público, para conduzirmos à conclusão alcançada ao final.

## **1 A condução coercitiva**

Será desenvolvido, a seguir, um paralelo dos casos de condução coercitiva da Operação Lava Jato, mais precisamente o caso do Ex-presidente Lula, bem como de suas nuances com os institutos do Processo Penal, notadamente o direito ao silêncio e a teoria das provas, para extrair-se, por fim, um raciocínio quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da condução coercitiva, tendo em vista os desdobramentos teóricos que surgiram, como se verá a seguir

### **1.1 A condução coercitiva do ex-Presidente Lula**

A Operação Lava Jato é a maior investigação sobre corrupção conduzida no Brasil atualmente. Teve início no estado do Paraná e recebeu este nome Lava Jato como uma referência à rede de postos de combustíveis e lava a jato de veículos, em Brasília, usada para movimentação de dinheiro ilícito de uma das organizações investigadas inicialmente. Desde então, a operação descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do país, principalmente empreiteiras<sup>323</sup>.

O esquema teria ganhado força na época do governo do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, também investigado e condenado na Operação. Ele é acusado da prática dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro nos autos da Ação Penal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000, de modo que teria plena consciência do esquema, uma vez que era o então Presidente, que indicava os diretores da Petrobras para seus respectivos cargos, o que viabilizava, em suma, a perpetuação do esquema criminoso.

---

323 Ministério Público Federal (MPF). Procuradoria-Geral da República. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 22 jul. 2019.

Segundo a denúncia, vantagens indevidas acertadas em contratos da Petrobras com o Grupo OAS teriam sido direcionadas ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em razão de seu cargo. Acusação de que o Grupo OAS concedeu ao ex-presidente o apartamento 164-A, tríplice, no Condomínio Solaris, com endereço na Av. General Monteiro de Barros, 656, no Guarujá/SP, e ainda a reforma do apartamento, como vantagem indevida, caracterizando o ponto nevrálgico de toda a denúncia e do processo envolvendo o ex-presidente. De maneira que a concessão do apartamento a ele teria ocorrido de maneira subreptícia, com a manutenção da titularidade formal do bem com o Grupo OAS, também com o objetivo de ocultar e dissimular o ilícito. Caracterizando, assim, a materialidade dos crimes imputados ao ex-presidente Lula.

De acordo com a sentença do Juiz Sérgio Moro: “segundo a denúncia, no âmbito das investigações da assim denominada Operação Lava Jato, foram colhidas provas de que empresas fornecedoras da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras pagariam, de forma sistemática, vantagem indevida a dirigentes da estatal. Alega o Ministério Público Federal que o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva teria participado conscientemente do esquema criminoso, inclusive tendo ciência de que os Diretores da Petrobras utilizavam seus cargos para recebimento de vantagem indevida em favor de agentes políticos e partidos políticos”<sup>324</sup>.

No desenrolar das investigações, o Juiz Federal Sérgio Moro, no dia 29 de fevereiro de 2016, emitiu despacho determinando a condução coercitiva do ex-presidente nos exatos termos: “Com essas observações, usualmente desnecessárias, mas aqui relevantes, defiro parcialmente o requerido pelo MPF para a expedição de mandado de condução coercitiva para colheita do depoimento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva”. O ex-presidente foi conduzido coercitivamente, sem que sequer tenha havido uma prévia recusa sua a uma determinação anterior, o que demonstra uma certa arbitrariedade na decisão do magistrado.

---

324 BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Sentença AP n.º 5046512-94.2016.4.04.7000**. Acusado: Luís Inácio Lula da Silva. Relator: Juiz Sérgio Fernando Moro. Curitiba, PARANÁ, 12 de julho de 2017. Curitiba, Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/a-sentenca-da-condenacao-de-lula.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2017. Esse processo tramita em segredo de justiça, por essa razão não é possível extrair esse documento do site oficial da Justiça Federal.

O que caracteriza de *per si*, uma latente violação ao princípio da não produção de provas contra si mesmo, consubstanciado na máxima *nemo tenetur se detegere*. Segundo lições de Eugenio Pacelli:

na perspectiva de sua origem, pode-se concluir que o nascimento do *nemo tenetur se detegere*, está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder. Seja como instrumento de manipulação religiosa, como ocorreu entre católicos e não-católicos no início da Renascença na velha Inglaterra ou na França, seja como instrumento de imposição de determinada ordem nos sistemas processuais inquisitoriais, a exigência do compromisso da revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos, em face dos quais o indivíduo jamais recebia o tratamento de sujeito de direitos<sup>325</sup>.

O direito ao silêncio decorre da garantia de o acusado não depor contra si mesmo, conforme o artigo 8º, n.º 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em consonância com os princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Assim, vislumbra-se de plano uma latente possibilidade de violação a um direito fundamental de suma importância, que será melhor analisado no tópico a seguir.

## 1.2 Direito ao silêncio x Condução coercitiva

O Código de Processo Penal brasileiro traz a possibilidade de o investigado ou de uma testemunha ser conduzido coercitivamente, mediante determinação de uma autoridade judiciária para prestar depoimento, conforme se extrai da leitura dos respectivos dispositivos legais: artigo 260 e 218 do Código de Processo Penal brasileiro<sup>326</sup>.

---

325 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

326 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 260 “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Art.

Todavia, fazendo uma análise holística e uma interpretação sistemática da Constituição, pode-se inferir desse dispositivo, datado de antes da Constituição de 88, que sua aplicação causa uma violação ao direito ao silêncio erigido à categoria de garantia constitucional.

Considerando direito fundamental do ser humano, o amplo conhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, em suas particularidades e vicissitudes, segundo Santos<sup>327</sup>, “ainda não restou plenamente divulgado junto à maioria do público jurídico em geral, o que se justifica pela escassez de artigos e obras versando sobre esse tema”. Acredita-se ser talvez uma das causas de violação do princípio da dignidade da pessoa humana de muitos acusados, que, na qualidade de réus, são julgados sob os auspícios de um processo penal por vezes arbitrário.

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, nas lições de Maria Elizabeth Queijo, literalmente que “ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, quer dizer, de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua ‘manifestação mais tradicional’, o direito ao silêncio”<sup>328</sup>.

Eugênio Pacelli manifesta-se no sentido:

o aludido princípio, batizado como verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava a autuação judicial supletiva e substitutiva da autuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizada, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa,

---

218 “Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública”.

327 SANTOS, Marcus Renan Palácio dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 13.

328 QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

bem como a imparcialidade, de convicção e de autuação, do juiz, impedem-no<sup>329</sup>.

Tal princípio, que fora erigido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), corroborado pela Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental de onde emana proteção à dignidade humana, de modo que cumpre às autoridades, conforme jurisprudência dessa Corte, informar os acusados ou inquiridos quando de um interrogatório a ser feito e nessa extensão proporcionar ao investigado e/ou acusado o entendimento claro indubitável de que possui não só uma prerrogativa, mas um direito protegido, de não prestar informações que possam de algum modo incriminá-lo, além de informá-lo da existência desse direito constitucional sob pena de ilicitude de eventual prova produzida na guarida do princípio da não autoincriminação.

Da busca da ‘verdade real’ renascem, conforme leciona Prado<sup>330</sup>, “os tormentos pelas torturas, dispostas a ‘racionalmente’ extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência”.

Entrementes, “o acusado não pode mais ser visto como objeto de prova, que o Estado não tem direito ilimitado à produção da prova e que há limites para a busca da verdade no processo”<sup>331</sup>, sendo certo que o *nemo tenetur se detegere* visa garantir que “as práticas do Estado com relação à produção de provas não violem, além do direito ao silêncio, outros direitos do acusado, tais como a dignidade humana, a intimidade e a intangibilidade corporal”<sup>332</sup>.

Em pesquisa realizada pela Data Folha, dentro da Operação Lava Jato foram realizadas 210 (duzentas e dez)<sup>333</sup> conduções coercitivas,

---

329 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333.

330 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 83.

331 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 72. Disponível em: [http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_62-83/66](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66). Acesso em: 22 jul. 2019.

332 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 73. Disponível em: [http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_62-83/66](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66). Acesso em: 22 jul. 2019.

333 **Operação Lava Jato**. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 19 jul. 2017. Dados encontrados unicamente em fontes jornalísticas.



viabilizando o levante de fervorosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à possibilidade de estar havendo ou não um certo abuso desses dispositivos, de modo que a violação ao já mencionado princípio ganha força e dimensão absurda.

Sobre a turbulência entre doutrina e jurisprudência e a busca de uma posição acertada, Barreto, Coutinho e Cruz advertem: “A interpretação para esse problema deve, além de respeitar os valores constitucionais, proteger o sistema jurídico e evitar, assim, maior descontentamento da população com os resultados da Operação Lava Jato”<sup>334</sup>.

Em razão disso, em março de 2017, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) protocolou no Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 444<sup>335</sup>, para reconhecer a não recepção pela Constituição Federal de 1988, do artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), no que se refere à aplicação da condução coercitiva na fase de investigação criminal.

Segundo o CFOAB, a norma prevê a condução coercitiva do acusado para fins de realização de interrogatório e outros atos no âmbito do processo judicial, mas a regra tem sido interpretada em contrariedade com os ditames constitucionais ao se permitir a sua utilização para a constituição de atos no curso da investigação criminal. Sustenta ainda que a medida tem sido sistematicamente adotada sem a observância da premissa do próprio artigo 260 do CPP, “ou seja, sem que o cidadão tenha descumprido anterior a intimação”<sup>336</sup>.

---

334 BARRETO, Alberto Bastos; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; CRUZ, Teresa Cristina. A Operação “Lava Jato” e a provável (in)constitucionalidade da Lei nº 12.850, de 2013. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018. p. 192. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

335 Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 444**. Situação: concluso ao relator em 10/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497>. Acesso em: 22 jul. 2019.

336 Notícias STF. **OAB questiona condução coercitiva na fase de investigação criminal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338948&caixaBusca=N>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Relator da proposição no Conselho Pleno, o Conselheiro Federal Raimundo Antônio Palmeira de Araújo (AL), argumentou e chamou atenção para o uso indiscriminado da condução coercitiva, ostentando-se para tal o teor do Código de Processo Penal, afronta preceitos fundamentais de modo claro e lamentável ao Estado Democrático de Direito<sup>337</sup>.

Luigi Ferrajoli informa que a máxima *nemo tenetur se detegere* “é a primeira de um processo penal acusatório garantista, enunciado por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês”<sup>338</sup>.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) entendeu outrora que, o direito à não autoincriminação diz respeito, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado manter o silêncio. Tal como é interpretada na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contratantes da Convenção, não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercitivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito. (...). Quanto ao caso concreto, o TEDH considerou que o direito de não contribuir para a sua própria incriminação não pode ficar confinado às declarações de admissão da prática de ilícitos, nem a considerações diretamente autoincriminatórias, mas deve abarcar quaisquer depoimentos obtidos sob coerção [...] <sup>339</sup>.

O princípio erigido pelo Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido da Constituição Federal de 1988, que erigiu garantia constitucional de onde emana proteção à dignidade humana, deveria cumprir as autoridades, conforme jurisprudência dessa corte, informar os acusados ou inquiridos quando de um interrogatório a ser feito, informá-lo da existência desse direito constitucional sob pena de ilicitude de eventual prova produzida na guarida do princípio da não autoincriminação.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 122279, entendeu que:

---

337 Notícias STF. **OAB questiona condução coercitiva na fase de investigação criminal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338948&caixaBusca=N>. Acesso em: 19 jul. 2017.

338 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 566-568.

339 SANTOS, Marcus Renan Palácio dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 42-43.

o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado, tem por escopo assegurar ao acusado a escolha entre permanecer em silêncio e a intervenção ativa” e que “a falta de advertência quanto ao direito ao silêncio, como já acentuou o Supremo, torna ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal [...]”<sup>340</sup>.

Na mesma linha, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, no Habeas Corpus nº 79.244-8 de sua relatoria, entendeu que o direito de permanecer calado não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa. Assim, não estaria em consonância com os ditames legais e constitucionais operar uma condução coercitiva, para que os acusados possam responder aos questionamentos formulados, de maneira que são pressionados de tal forma a culminarem em uma delação premiada<sup>341</sup>.

A bem da verdade, pode-se facilmente perceber que se trata exatamente do que vem acontecendo, conduções coercitivas exaustivamente realizadas para a colheita de depoimentos pessoais dos quais, por muitas vezes, extraem-se colaborações premiadas, talvez com sucesso, pelo clima de autoritarismo que se instala no ambiente de uma operação que historicamente deu margem à homologação de 158 (cento e cinquenta e oito) acordos de colaboração premiada<sup>342</sup>.

### 1.3 A inconstitucionalidade da condução coercitiva

“O direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” encontra-se consubstanciado no artigo 8 – Garantias judiciais –

---

340 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão - Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 122279**. Recorrente: MANOEL ARLEY SANTOS BUENO. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 12 de agosto de 2014. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342216/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-122279-rj-stf/inteiro-teor-159437487>. Acesso em: 10 jul. 2017.

341 SANTOS, Marcus Renan Palácio dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 57.

342 **Operação Lava Jato**. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 19 jul. 2017. Dados encontrados unicamente em fontes jornalísticas.

n. 2, alínea g, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>343</sup>, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 678/1992)<sup>344</sup>.

É certo que, em atenção e respeito ao princípio da proporcionalidade latente em todo o ordenamento jurídico, nenhum direito ou dever possui caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida, do qual emanam todos os demais direitos e garantias consagrados sob à égide da dignidade humana.

Com efeito, Santos leciona:

deve ser lembrado que em um Estado Democrático de Direito, no qual não somente as decisões são democráticas em sua substância, mas produto de processos igualmente democráticos, não há muito o que se temer quando da relativização do princípio *nemo tenetur se detegere*. É que a não absolutização de direitos e garantias fundamentais não representa nenhuma novidade, seja na doutrina, seja na jurisprudência constitucional<sup>345</sup>.

O grande problema da questão situa-se quando o Poder Judiciário perpetra atitudes que beiram o abuso e acabam por conferir uma elasticidade e relativização tamanha ao referido princípio que acaba por encostar nos limites da constitucionalidade, ferindo-a frontalmente, haja vista a maneira como vêm sendo realizadas essas conduções, como já descrito aqui, na medida em que sequer são obedecidos os critérios objetivos estabelecidos pelo dispositivo que prevê esse quase ergástulo. Pois é assim que nos parece, uma prisão por alguns minutos ou horas, já que o indivíduo é restringido do pleno gozo do seu direito de ir e vir para ser levado a depor, contrariando mais uma vez o texto constitucional.

---

343 CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 18 jul. 2017.

344 BRASIL. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: DE 09/11/1992, P. 15562. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 10 jul. de 2017.

345 SANTOS, Marcus Renan Palácio dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 103.

Para Santos<sup>346</sup>, “o direito ao silêncio e a garantia da não autoincriminação proporcionam discussões quanto à sua extensão e/ou limites”, notadamente porque, conforme ressalta Jorge Miranda, “nenhum direito é absoluto ou ilimitadamente elástico e cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos”<sup>347</sup>.

Barreto, Coutinho e Cruz suscitam a (in)constitucionalidade do art. 4º, §14 da Lei nº 12.850/2013 que instituiu a colaboração premiada no combate ao crime organizado, haja vista que “no referido artigo ocorre ofensa aos Direitos Fundamentais na sessão que institui renúncia ao direito do silêncio”<sup>348</sup>.

Acrescentam, oportunamente, Gloeckner e Silva:

Como corolário de um sistema acusatório, como regra geral, o princípio dispositivo que determina o regime de provas vem associado a outras tantas garantias processuais de ranking constitucional. Como exemplo claro cita-se o direito de não produzir prova contra si mesmo. Trata-se de um princípio constitutivo do processo penal contemporâneo, que se erige em uma barreira contra métodos coercitivos para se obrigar o acusado a cooperar com a acusação<sup>349</sup>.

É do sistema acusatório que emanam as garantias de um processo penal democrático e humano, que enxerga no acusado não um objeto a serviço da pretensão estatal, mas como um ser de direitos que merece respeito e proteção constitucional no curso do processo que julga sua liberdade.

Gloeckner e Silva asseveram ainda:

---

346 SANTOS, Marcus Renan Palácio dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 82.

347 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2008. p. 181.

348 BARRETO, Alberto Bastos; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; CRUZ, Teresa Cristina. A Operação “Lava Jato” e a provável (in)constitucionalidade da Lei nº 12.850, de 2013. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÛLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018. p. 196. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

349 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*. Direito.Unb. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.1 n.1, Jan-Jun 2014, p. 157. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24626/21808>. Acesso em: 22 jul. 2019.

no sistema inquisitório, no qual o acusado é mero objeto de investigação, há uma verdadeira exploração do réu por sondas psíquicas, sendo encontrado e ajustado o axioma *reus tenebatur se detegere*, não se admitindo o uso do silêncio. A fim de romper com o silêncio do acusado, o emprego da tortura foi uma estratégia utilizada pelo regime inquisitorial de provas. O princípio *nemo tenetur*, portanto, aparece vinculado a uma matriz que parte da renegação ao dogma da verdade real como finalidade do processo penal. Aliás, como assevera Schmidt, a limitação aos meios para se acessar a verdade, constitui importante ferramenta de controle da legalidade dos atos praticados por seus agentes, consistindo em inegável conquista do Estado Democrático de Direito<sup>350</sup>.

Era na inquisição em que vigorava a antítese do princípio, de modo que vigia a fórmula dos *reus tenetur se detegere*<sup>351</sup>, oportunidade em que o interrogado era devidamente coagido a responder seu interrogatório. Com efeito, Aury Lopes Jr. Leciona:

Não é somente a legalidade estrita que deve nortear o processo penal e, principalmente, não é só ela que deve orientar a atuação dos órgãos públicos que nele intervêm, desde a fase pré-processual até o trânsito em julgado e a própria execução da pena. Ao lado dela, é fundamental uma abertura para a dimensão substancial de validade das normas, e a assunção de uma postura ética. O Estado (e seus agentes) não é só uma reserva de legalidade, mas, principalmente, é uma reserva ética. Daí porque existem imperativos éticos não consagrados formalmente, mas igualmente exigíveis, que conduzem a uma necessária abertura conceitual do direito ao silêncio e de não fazer prova contra si mesmo<sup>352</sup>.

---

350 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*. Direito.Unb. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.1 n.1, Jan-Jun 2014, p. 157-158. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24626/21808>. Acesso em: 22 jul. 2019.

351 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 644.

352 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 646.

Mais absurdo e preocupante é quando o primado da ética não se encontra com primado da legalidade, de modo que faltam num processo dois vetores de suma importância prática e teórica para guiá-lo. Que consequências podem emanar, então, de processos que violam o preceito legal (na medida em que aos réus sequer é oportunizada a possibilidade de se recusar a comparecer, pois a condução coercitiva já é de plano efetivada) e no agir de um magistrado (e de um Poder Judiciário que abençoa tais condutas) diante desses claros abusos? A resposta para isso nos parece clara, senão uma violação e desrespeito ferrenhos à Constituição.

## **Considerações finais**

O presente trabalho mostrou as nuances em torno do instituto da condução coercitiva quando confrontado com a máxima do *nemo tenetur se detegere*, do qual emana o direito constitucionalmente assegurado ao silêncio, na medida em que ganhou extrema visibilidade quando o Juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, iniciou uma produção em massa de depoimentos pessoais realizados após a condução coercitiva dos investigados.

Em estudo de caso referente à ação penal que tem como acusado o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva que, quando ainda investigado, foi conduzido coercitivamente para prestar depoimento em situação análoga aos 210 outros casos, como já dito, que sequer se negaram a comparecer.

Tais condutas, mesmo quando mergulhadas no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, devem guardar um limite na sua extensão, pois nem mesmo a verdade real pode ser usada para fundamentar tal atitude, a ponto de conferir à condução coercitiva um caráter de prisão, não importando o verniz jurídico que se dê ao fato.

Quando analisada à luz das provas no Processo Penal, verifica-se que há um contrassenso, pois, de um lado, o Judiciário e a legislação constitucional conferem a prerrogativa com viés de direito de o acusado manter-se em silêncio quando puder de alguma forma incriminar-se. O contrassenso reside no encarceramento do acusado ou testemunha, mesmo que por poucas horas, para apresentar um depoimento que pode dele extrair-se elementos para uma condenação.

Restando claro que faltam fundamentos de validade e legalidade ao ato de uma condução coercitiva que imponha ao acusado o dever de prestar depoimento de maneira que muito provavelmente será conduzido a falar aquilo que melhor auxiliar em uma condenação, pois “afinal, quem se vê obrigado a dizer algo, pode-se ver compelido a dizer algo já determinado”<sup>353</sup>.

De modo que a inconstitucionalidade é flagrante, uma vez que viola, como já dito repetidas vezes neste trabalho, direitos e princípios consubstanciados na Constituição Federal. Assim, é preciso atentar para o que a Constituição está sofrendo, para que, quando for realmente necessário, utilize-se de um dispositivo ainda vigente, que reconheça os limites da proporcionalidade.

## Referências

BARRETO, Alberto Bastos; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; CRUZ, Teresa Cristina. A Operação “Lava Jato” e a provável (in)constitucionalidade da Lei nº 12.850, de 2013. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018. p. 183-198. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Sentença AP n.º 5046512-94.2016.4.04.7000**. Acusado: Luís Inácio Lula da Silva. Relator: Juiz Sérgio Fernando Moro. Curitiba, PARANÁ, 12 de julho de 2017. Curitiba. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/a-sentenca-da-condenacao-de-lula.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

---

353 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 387. 201



BRASIL. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 444.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Caso Lava Jato.** Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **OAB questiona condução coercitiva na fase de investigação criminal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338948&caixaBusca=N>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 18 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*. Direito. Unb. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. v.1 n.1, Jan-Jun 2014, p. 147-172. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24626/21808>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *Nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 62-83. Disponível em: [http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op\\_2.2\\_2007\\_62-83/66](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_62-83/66). Acesso em: 22 jul. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

Operação Lava Jato. **Folha de São Paulo**. São Paulo, Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 19 jul. 2017.

SANTOS, Marcus Renan Palácio dos. **O direito ao silêncio no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

# **Transexualidade e o direito a identidade sexual diversa: a lacuna legislativa sobre adequação do registro civil no Brasil**

Transexuality and the right to diverse sexual identity:  
the legislative law on the adequacy of the civil  
registry in Brazil

## **Ana Paula Araújo de Holanda**

Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Doutora em Direito pela Universidad Rovira i Virgili – URV. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Público em Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.  
E-mail: apaholanda@hotmail.com

## **Ana Laura Rocha Cabral**

Advogada. Bacharela em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda e em Direito, ambas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: analauracabral@hotmail.com

**Resumo:** O presente estudo possui como objetivo a análise relacionada à omissão de uma legislação específica sobre os direitos da personalidade dos transexuais. Para tanto, expõe as divergências sobre identidade de gênero e os entendimentos relevantes sobre a despatologização dessas pessoas. Evidencia o direito a ter uma identidade reconhecida, com uma breve reflexão sobre o direito à felicidade, os princípios constitucionais pertinentes de uma democracia e a visão dos tribunais brasileiros sobre a adequação do prenome e gênero. Por fim, uma reflexão sobre a lacuna legislativa, destacando os projetos de lei que tentam regular as questões relativas à retificação do Registro Civil, mas que não encontram diálogo para prosperarem, tornando-se fator primordial de marginalização e exclusão social. Metodologia utilizada: descritiva-analítica e bibliográfica. Conclui-se que entender a transexualidade e debater sobre, é um dos caminhos para dirimir preconceitos e angústias desta minoria. Assim, promover uma reflexão sobre a construção de norma específica.

**Palavras-chave:** transexualidade. gênero. identidade. registro civil. lacuna legislativa.

**Abstract:** The objective of this study is the analysis related to the omission of specific legislation on transsexual personality rights. To do so, it exposes the divergences on gender identity and relevant understandings about the despatologization of these people. It evidences the right to have a recognized identity, with a brief reflection on the right to happiness, the pertinent constitutional principles of a democracy, and the Brazilian courts' view on the adequacy of the name and gender. Finally, a reflection on the legislative gap, highlighting bills that try to regulate issues related to the rectification of the Civil Registry, but which do not find dialogue to thrive, becoming a primary factor of marginalization and social exclusion. Methodology used: descriptive-analytical and bibliographical. It is concluded that, understanding transsexuality and debating about it, is one of the ways to resolve prejudices and anguishes of this minority. Thus, promote a reflection on the construction of specific standard.

**Keywords:** transsexuality. genre. identity. civil registry. legislative gap.

## Introdução

No Brasil contemporâneo não existe estimativa do número de transexuais, em face do modo de vida com discrição, bem como a inexistência de censo

oficial que aborde a temática. Os únicos dados expostos hoje no Brasil são de que o país possui o maior número de assassinatos de transexuais e travestis no mundo<sup>354</sup>. Esse fato tem provocado um movimento pelos direitos dos que rompem com o sistema binário de gênero, imposto logo ao nascer, e tem buscado mudanças nas diversas esferas da sociedade.

A luta pela visibilidade tem ganhado destaque ao longo dos anos, pois gera o debate sobre os conceitos existentes que ainda geram dúvidas e as omissões que o Legislativo brasileiro insiste em perdurar, priorizando regulamentar dentro dos conceitos de cisgênero e heteronormatividade. Isso provoca um preenchimento desta lacuna pelo Executivo e Judiciário, porém não traz segurança jurídica por não existir um pensamento uníssono sobre a questão.

Além disso, o crescente incremento da complexidade das relações sociais e a contínua evolução do meio que as circundam, no qual o pluralismo, a comunicação e a desconstrução de um único ponto de vista para tudo, acabam sendo movimentos necessários da própria sociedade. Porém, para coibir a exclusão social de um grupo já marginalizado é substancial a concretização de uma legislação específica aliada a políticas públicas de Estado que possibilitem uma nova forma de efetividade do Direito, em consonância com a tendência internacional em entender a identidade psicossocial em detrimento da identidade biológica.

A problemática em torno dos direitos dos transexuais, mais do que coibir os transtornos sociais por não ajustarem o sexo físico e o psíquico, é a real efetivação do direito de liberdade e da autodeterminação da identidade de gênero, dando-lhes a possibilidade de plena vivência da cidadania. Isso significa uma identificação civil que não destoe da identificação social. Quando existe uma nítida omissão acerca desses direitos, vê-se usurpada a autonomia privada existencial, galgada no respeito a princípios fundamentais como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A justificativa para a apresentação deste trabalho decorre da necessidade de trazer o assunto para uma discussão sobre a efetividade desses direitos, esclarecendo os pontos salientes e lacunas existentes, sobretudo, demonstrando a importância da necessária reformulação da legislação brasileira com

---

354 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Dados sobre a violência da comunidade LGBT**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/antrabrazil/>. Acesso em: 10 maio 2017.

o intuito de assegurar os direitos e dirimir os preconceitos voltados a essa parcela da sociedade que se encontra usurpada de exercer sua cidadania de forma completa, como qualquer outra pessoa, por encontrar limitações em possuir uma documentação que a represente de forma verdadeira.

O ponto principal deste estudo é demonstrar a relevância e urgência em assegurar uma vivência digna e plena aos transexuais na sociedade a partir da criação de normativos específicos, reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como a luz a ser seguida para promover a igualdade e respeitar as certezas e projetos de cada um, possibilitando o exercício da cidadania com o reconhecimento de uma identidade. Para tanto, utilizou-se de procedimento descritivo-analítico, a partir de levantamento bibliográfico e documental.

## **1 Transexualidade e questões pertinentes ao termo**

Ao falar de transexualidade não é raro se deparar com a palavra transexualismo. Apesar de terem o mesmo sentido, o sufixo “-ismo”, de origem grega, encontra-se repleto de conotação patológica, portanto, tem se feito um movimento para desvinculação de preconceitos e afastamento da ideia de que a pessoa trans possui algum tipo de patologia. Refuta-se o termo transexualismo, apesar de ser nomenclatura formal, principalmente no início dos estudos sobre a temática e na própria medicina, que emprega o termo por conta da CID 10/F64.0.

A mitologia greco-romana, estudos antropológicos e a literatura mundial mostram personagens que se vestiam e diziam se sentir como membros do sexo oposto. Portanto, o fenômeno da transexualidade não é próprio da modernidade, sendo tão antigo como qualquer outra expressão da sexualidade. O que de fato é novidade encontra-se no escopo da medicina, sobre a possibilidade, através de técnicas cirúrgicas e hormonoterapia, a readequação do sexo<sup>355</sup>.

Faz-se pertinente diferir transexualidade de travestilidade, comumente confundidas. Este não nega seu sexo biológico, porém, identifica-se mais

---

355 CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada. In: VIVIANI, Alejandro Luis (org.). **Temas da Clínica Psicanalítica**. São Paulo: Experimento, 1998, p. 137-147. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/texts/transsexualismo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

com o feminino do que, propriamente com a ideia de mudar de sexo. O travesti comporta-se dentro deste gênero, porém, permeia entre o feminino e o masculino<sup>356</sup>. Acredita-se existir um fetichismo para o uso das roupas/acessórios que lembrem o sexo oposto e sobre a existência do órgão sexual masculino.

Em contrapartida, o transexual é o indivíduo que sente incompatibilidade entre o sexo psíquico e o físico, ou seja, existe conflito entre o sexo biológico e o que sua mente diz, tendo a nítida sensação de ter nascido no corpo errado, não existindo harmonia entre o que se vê e o que se é. Para Maria Helena Diniz<sup>357</sup> transexualidade é:

[...] a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e a psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto.

Já para o psicólogo Paulo Roberto Ceccarelli<sup>358</sup>:

[...] o transexual - é, de fato, um homem ou uma mulher. Não se trata de um "desejo" de pertencer ao outro sexo mas, antes, de uma evidência: o sujeito "é" do outro sexo. Isto introduz uma particularidade no transexualismo: os sujeitos que reivindicam a redesignação sexual, o fazem em nome do estatuto social de sua identidade e não em nome do exercício da sexualidade [...].

---

356 DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação: Travestilidade e Transexualidade**. São Paulo: Estúdio.com, 2014.

357 DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

358 CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e caminhos da pulsão. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 25, n. 50, 2003. p. 41.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM), por meio da Resolução nº 1.955/2010, considera transexual o “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”. É válido ressaltar que as definições dadas pela ciência vivem em constante modificação a depender da época estudada. Transexualidade, hoje conhecida como uma disforia de gênero, já foi compreendida como anomalias do instinto sexual (1896); homossexualidade congênita e metamorfose sexual paranoide (1895); inversão sexo-estética (1949); alteração da identidade de gênero (1994)<sup>359</sup>.

Explicita-se que esse conceito do CFM vai de encontro aos direitos fundamentais, pois o mesmo confere um estado de patologia ao indivíduo transexual que deveria ser individualizado no contexto social tendo como norte o princípio da dignidade humana. A despatologização corrobora o direito de se expressar, formando a identidade sexual e, por conseguinte, a personalidade, direitos assegurados pela Constituição.

Apesar de ser senso comum que o transexual deseja fazer a ablação sexual, e só o é quando realiza o procedimento, bem explicita Maíra Coraci Diniz<sup>360</sup> que “a pessoa transexual possui identidade de gênero diversa do seu sexo biológico, mas não necessariamente tem aversão ao seu órgão sexual”. Para a autora, o fenômeno da transexualidade é tão amplo que fica impossibilitado de se criar algum tipo de rótulo absoluto, sendo mais lógico levar em consideração as variáveis da vida de cada indivíduo para assim defini-lo como trans.

A identidade de gênero está no íntimo do ser humano e de toda percepção que o mesmo constrói de si na sociedade, abarcando questões psicológicas, culturais e genéticas. A partir do momento que entendemos a pluralidade das pessoas, as características próprias de cada um e a identidade como construção social, desatrelando-se de uma organização social pautada no indivíduo cisgênero/heterossexual, vê-se a figura do transgênero como algo

---

359 DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação: Travestilidade e Transexualidade**. São Paulo: Estúdio.com, 2014.

360 DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação: Travestilidade e Transexualidade**. São Paulo: Estúdio.com, 2014. p. 19.



inerente do progressivo desenvolvimento da espécie humana, quebrando a coerência binária da constituição dos gêneros<sup>361</sup>.

A orientação sexual é o ponto mais confundido quando se fala em transexualidade. No esteio dos Princípios de Yogyakarta<sup>362</sup>, entende-se por orientação sexual:

[...] uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas<sup>363</sup>.

Aqui se encontra a heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade. Não há o que se confundir, por exemplo, o homossexual com o transexual. Naquele o indivíduo não encontra desarmonia entre seu gênero e sexo.

A identidade de um indivíduo tem por base a construção social, por conseguinte, nasce da pluralidade e das possibilidades do desenvolvimento constante do ser humano. Manter uma visão una tem se mostrado retrógrada e insuficiente, conseguindo somente criar estereótipos que só culminam na proliferação de preconceitos. O resultado disso acaba sendo a exclusão social dos que não se acomodam em aceitar os conceitos impostos pela sociedade.

O comportamento sexual, ou mesmo a forma como dispomos do nosso próprio corpo, sempre foram assuntos polêmicos, pois permeiam entre questões morais e religiosas. A ciência, mais distante desses dois polos, veio categorizar o que se encontra dentro do campo da normalidade e do patológico. Isso fez com que a realidade de uma minoria, que não se propõe a seguir os padrões reinantes na sociedade, fosse patologizada.

Existe uma militância para a despatologização da transexualidade, na qual se visa retirar essa categoria dos catálogos das doenças mentais (DSM-IV,

---

361 Cisgênero é o termo utilizado para as pessoas que encontram harmonia entre seu sexo de nascença e seu gênero.

362 PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. *In: Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos*. 2006.

363 PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. *In: Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos*. 2006. p. 7

CID-10)<sup>364</sup>. A OMS (Organização Mundial de Saúde), em 2015, comunicou que tiraria o termo da categoria de transtornos e criaria uma nova, afastando-o da condição de “transtornado”, incluindo esta mudança no próximo Código Internacional de Doenças (CID-11)<sup>365</sup>.

Segundo Barreto e Ceccarelli<sup>366</sup> a plataforma ativista internacional denominada *Stop Trans Pathologization*, criada em meados de 2009, atua no Brasil realizando reivindicações e atividades de informação, e conta com o apoio dos Conselhos Federal e Regionais de Psicologia. Essa temática no país ainda é delicada já que a patologização é um dos argumentos do Sistema Único de Saúde para fazer procedimentos que envolvam mudança de sexo, necessitando da comprovação de que o paciente possui desvio psicológico permanente.

Logo, assegurar a plena vivência, e convivência, em todas as searas da sociedade, inclusive no tocante à adequação do Registro Civil, também faz parte do movimento contra a patologização, pois é a plena efetivação do direito de liberdade e da autonomia privada existencial.

## 2 Identidade reconhecida para uma cidadania competente<sup>367</sup>

O direito à identidade é direito fundamental inerente a toda pessoa e intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário que três atributos sejam respeitados e vivenciados: alteridade, autonomia da vontade e dignidade. A alteridade é o poder ser diferente e

---

364 DSM – Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Distúrbios Mentais da Associação Psiquiátrica Americana – APA. CID-10 – Classificação Internacional de Doenças.

365 Neste caso, transtorno de identidade de gênero, que depois passou a se chamar disforia de gênero.

366 BARRETO, Ocilene; CECCARELLI, Paulo Roberto. Entre o Eu e o corpo... um estranho: reflexões sobre as transexualidades. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano 37, n. 69, junho 2015, p. 113-120. Disponível em: [http://ceccarelli.psc.br/pt/?page\\_id=2118](http://ceccarelli.psc.br/pt/?page_id=2118). Acesso em: 01 mar. 2017.

367 Termo utilizado para caracterizar aqueles cidadãos que são conscientes de seus direitos e deveres e acima de luta pela efetivação dos mesmos nas instâncias públicas e privada. Ver HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Estágio em direito: a contribuição do novo projeto pedagógico do curso de Direito da Unifor. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza. v. 8, n. 8, p. 1-7, fev. 2003. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/731/1593>. Acesso em: 24 set. 2019.

ter reconhecido que cada ser humano é único; a autonomia da vontade é o direito a autodeterminação consciente e a dignidade vem da concretização da autonomia da vontade e alteridade. Quando esse direito é desrespeitado, não há como experimentar a cidadania competente em seu livre desenvolvimento.

Uma das principais necessidades dos transexuais no Brasil é a adequação do Registro Civil, afinal, torna-se impraticável uma vida digna quando sua identificação civil destoa da identificação social. Sem a representatividade de um nome e a modificação na identificação de gênero, é como se não existissem, anulando a possibilidade de um reconhecimento e individualização no meio social, ratificando a cultura de marginalização dessas pessoas. Silvio de Salvo Venosa<sup>368</sup> define:

O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

Entendendo o nome como um signo externo e exato, e tendo como funções fundamentais a identificação e individualização, o mesmo precisa estar em conformidade com a identidade de gênero da pessoa. O artigo 16, do Código Civil brasileiro vigente, determina que todo indivíduo tenha direito ao nome, sendo este um dos primordiais direitos da personalidade e categorizado como um direito à integridade moral e pessoal<sup>369</sup>. Quando esse não coaduna com a realidade dos fatos, em desencontro com sua imagem social e pessoal, gera uma cidadania incompleta, violando, assim, direitos constitucionais e gerando situações vexatórias por expor a pessoa ao ridículo e zombaria.

A liberdade de se autodeterminar, respeitando a autonomia da vontade, mesmo que essa fuja do pensamento majoritário de uma sociedade conservadora, não pode calar o Estado de sua obrigação precípua de promover

---

368 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. v.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 210.

369 HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74822>. Acesso em: 23 mar. 2017.

o bem estar de todos os seus cidadãos portadores de direitos e deveres, afinal, o Estado Democrático de Direito vem para tornar possível uma vida plena e justa. Lacerda<sup>370</sup> vislumbra bem o papel do Estado para com o indivíduo:

O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como fundamento do domínio político da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.

Buscando o reconhecimento de sua identidade e uma vida digna, que deveria ser direito inerente para qualquer pessoa, a fim de diminuir as angústias que surgem de um nome que não condiz com o gênero identificado, os transexuais buscam o suporte do Poder Judiciário.

O principal entrave para reconhecimento do direito dos transexuais, no que concerne à retificação do Registro Civil, encontra-se na própria interpretação da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Lei essa pautada em uma sociedade bem diferente da que se vivencia atualmente. Com valores sociais, morais e jurídicos inadequados ao atual modelo de sociedade brasileira e mundial. Inicialmente, em seu artigo 58, previa que o prenome seria imutável, com a justificativa de preservar a segurança jurídica.

Com a Lei nº 9.708/98 foram permitidas mudanças, em determinadas situações, por apelidos públicos notórios, tirando o caráter absoluto da imutabilidade. Não está explícito, com a modificação, que a pessoa transexual poderá converter seu registro de nascimento, porém, a mesma é nítida quando diz que o nome não pode expor a pessoa ao ridículo, como vemos no artigo 55, parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos. Seguindo a mesma linha de raciocínio, é ilógico não permitir que seja feita uma adequação no registro de quem não mais se enxerga com o sexo biológico e jurídico dado ao nascer, pois o mesmo fomenta a exclusão social. Uma visão mais ampla, compreendendo que o direito precisa amparar a vida digna, mesmo que essa seja diferente da

---

370 LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: a Reapctuação Semântica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 45.

maioria, afastaria decisões que destoassem da busca pelo direito à identidade, não ferindo princípios constitucionais e bioéticos.

A Procuradoria Geral da República propôs, em 2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4275)<sup>371</sup>, com o intuito de que o artigo 58 da Lei nº 6.015/73 seja interpretado em conformidade com a Constituição Federal de 1988, propiciando a retificação do Registro Civil aos transexuais, não atrelando este direito à cirurgia de transgenitalização. A ação tramita no Superior Tribunal Federal e ratifica que o impedimento ao exercício de princípios fundamentais fere a Carta Magna.

Um desses princípios é o da Dignidade da Pessoa Humana, que é luz diretriz exposta no inciso III, do artigo 1º, da CF/88. Tem tamanha importância que está antes das atribuições do Estado, não podendo se desprezar este fato no ponto de vista da hermenêutica constitucional<sup>372</sup>.

O ser humano é o ponto central, sendo sua dignidade o direcionador do novo discurso jurídico, não podendo ser afastado do ideal de justiça, permeando as mais variadas esferas. Como bem esclarece Eduardo C.B. Bittar<sup>373</sup>:

Parece a personalidade recuperar o espaço perdido nos desvãos da erosão da ética das últimas décadas do século XX, e do longo processo que deu origem ao niilismo, ao tecnicismo, ao ceticismo e a relativização absoluta de todos os valores. Enfim, em poucas palavras, parece a ideia de personalidade recuperar seu sentido pleno, preenchendo o oco das experiências céticas e materialistas do tecnologismo do século XX, e invadindo as diversas linhas de pensamento ocupadas com os desvarios

---

371 O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade da Corte, na data de 1º de março de 2018, julgou procedente a ação, sendo possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual e sem a necessidade de autorização judicial.

372 BITTAR, Eduardo C.B. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional*. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 358-378.

373 BITTAR, Eduardo C.B. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional*. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 372.

da história contemporânea. Os discursos que se afinam e depuram na aurora do século XXI se aprimoram em proteger, conhecer, desvendar, em uma palavra, dignificar a personalidade humana, não em atitude de idolatria, mas em atitude de autoconhecimento [...].

Assim sendo, uma sociedade que possui uma Constituição democrática e pluralista não pode se encontrar com valores dormentes e calçados numa visão monopolizada de autoridades de Estado. Pelo contrário, a diversidade nunca poderá ser motivo de negação de direitos, devendo a democracia permanecer em evolução constante, garantindo a promoção de novos direitos.

Para Elisa Scheibe<sup>374</sup>, preservar a convivência humana, característica de um Estado Democrático de Direito e Social, tirando da marginalidade os transexuais, é “imprescindível e impositivo”. Para tal, o direito à diferença é fundamental, já que, ao longo dos anos, a diversidade era pretexto para diminuir o direito do outro, considerando-o inferior. Sob essa ótica, determinadas pessoas na sociedade, que se encontram em categoria de vulnerabilidade, são vistas de forma peculiar, de acordo com sua condição social, assegurando-lhes um tratamento especial, como é o caso dos negros, mulheres, crianças, idosos e pessoas do público LGBT<sup>375</sup>.

### 3 A lacuna legislativa e o papel dos tribunais brasileiros

As questões relacionadas aos que transcendem ao gênero têm encontrado apaziguamento sobre as cirurgias de redesignação sexual, porém encontram entraves sobre a retificação do registro civil. O artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 tem sido alvo de projetos de lei que tentam adequar a legislação para uma nova realidade que sempre bate à porta do Judiciário.

---

374 SCHEIBE, Elisa. **Direito de personalidade e transexualidade**: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 195f. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008, p. 17. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2430/ElisaScheibeDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2017.

375 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. *In*: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 459-489.

Não existir lei específica para essa temática torna o direito do transexual frágil, afinal dependerá de um juiz, que carrega em si costumes, valores e questões morais. Não é incomum as decisões virem permeadas de preconceitos e notório desentendimento sobre o que é transexualidade. A morosidade da justiça também é outro entrave, ficando atrelado aos trâmites da via judicial o pleno exercício da cidadania, isso caso a sentença seja positiva<sup>376</sup>.

Em 2013, os deputados Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF) criaram o Projeto de Lei nº 5.002, conhecido também como Lei de Identidade de Gênero ou Lei João W. Nery<sup>377</sup>, possuindo os moldes da Lei de Identidade de Gênero Argentina (Lei nº 26.743/2012), considerada uma das mais avançadas do mundo, e nos princípios de Yogyakarta. Ressalta-se que essa lei teve amplo apoio do Legislativo e Executivo.

O PL nº 5.002 encontrou barreiras no parlamento e diversas manifestações contrárias se pronunciaram. Deturpações e campanhas em prol da “moral e dos bons costumes” proliferaram, abafando uma possível discussão pacífica e disseminando mais desinformação para a sociedade. A proposta busca a não patologização da transexualidade, não judicialização para o ato de retificação e a modificação do texto para o artigo 58 da Lei de Registro Público.

A CF/88 inseriu o Brasil em um Estado Democrático de Direito, reprimindo situações de discriminação e tornando permanente o processo de inclusão social. Logo, os princípios norteadores da Carta Magna devem ser competentes para dar reconhecimento a qualquer minoria, dando-lhe o direito à igualdade e o direito à diferença.

Em um primeiro plano, os transexuais buscam um ajustamento do físico com o psicológico, tentando harmonizar o corpo com a mente e com isso encontrar um equilíbrio que possibilite uma vida digna de plena vivência de seus direitos essenciais e sociais. Em um segundo plano, a efetivação jurídica dessa nova realidade torna-se primordial

---

376 HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74822>. Acesso em: 23 mar. 2017.

377 João W. Nery, nascido em 1950, foi o primeiro trans homem do Brasil a passar por intervenções cirúrgicas, aos 27 anos, para readequar seu sexo psíquico ao sexo físico. Ao escrever sua biografia tornou-se atuante no movimento LGBT.

para proporcionar o cumprimento desses direitos, garantindo a ampla concretização à livre manifestação da personalidade. Quando não ocorre a adequação da identidade diante na nova realidade do transexual, o mesmo fica impossibilitado de uma cidadania completa<sup>378</sup>.

Hodiernamente, o país não possui legislação federal específica para sanar as questões inerentes da transexualidade e nem boa vontade legislativa em dialogar sobre, tendo vários projetos relacionados sem progressos frutíferos. Por conseguinte, a estruturação jurídica, por omissão da lei, tem se debruçado em jurisprudências, direito comparado e doutrinas.

Um caso que bem explicita isso é o identificado no relatório do Recurso Especial nº 1.008.398-SP (2007/0273360-5), no qual o autor de prenome “Clauderson” pretende alterar seu nome e gênero pelo fato de ser transexual e ter realizado a cirurgia de transgenitalização. O entendimento da relatora do recurso, a então ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, julgou como procedente a pretensão do recorrente<sup>379</sup>. No dito recurso a mesma profere:

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto (STJ, REsp 1008398/SP, terceira turma, Rel.Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 15/10/2009, publicado em 18/11/2009).

---

378 FERNANDES, Eric Baracho Dore. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno Virtual**, v. 1, n 21, p. 01-34, jan/jun 2010. Disponível em: file:///C:/Users/Ana%20Laura/Downloads/357-1275-1-PB.pdf. Acesso em: 09 maio 2017.

379 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.008.398 da 3ª Turma. **Mudança de Nome e Sexo**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Distrito Federal, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/relatorio-e-voto-11878383>. Acesso em: 13 mar. 2017.



A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em maio deste ano, entendeu que os transexuais têm o direito de mudar o gênero no Registro Civil, independente da cirurgia de transgenitalização, ao reparar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RE nº 1.626.739/RS). O colegiado levou em conta a identidade psicossocial em detrimento da identidade biológica. O ministro Luís Felipe Salomão, relator do caso, bem expõe:

O direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da operação de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro, ou mesmo inviável do ponto de vista médico... Independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito<sup>380</sup>.

Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, decisões continuam arraigadas no pensamento individual de cada julgador, que pode dar ao transexual tratamento humano e justo ou revelar um discurso discriminatório, trazendo incertezas, além de não concretizar o adequado reconhecimento da identidade do transexual<sup>381</sup>.

Essa omissão legislativa a nível federal fomenta uma exclusão e marginalização social que destoa dos preceitos norteadores da CF/1988, gerando um distanciamento de uma minoria do debate político. Conforme John Stuart Mill<sup>382</sup>, “é um grande desencorajamento para um indivíduo, e ainda maior para uma classe, sentir-se fora da constituição; sentir-se reduzido a pleitear seus direitos, do lado de fora da porta, aos árbitros do

---

380 TEIXEIRA, Matheus. Transexuais têm direito de mudar o gênero no registro civil, diz 4ª Turma do STJ. **Revista Consultor Jurídico**. 09 mai. 2017. Identidade Psicossocial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-09/transexuais-direito-mudar-genero-registro-civil-stj>. Acesso em: 09 maio 2017.

381 MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. In: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/gGTzXjwCdN04dRJu.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

382 MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

seu destino, sem que o chamem para consultá-lo”. É importante entender o sentido de exclusão social:

E o conceito ‘exclusão social’ não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal ‘reação em cadeia da exclusão’ que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política<sup>383</sup>.

Com a evidente apatia política dos incluídos, os movimentos sociais tentam assegurar a sobrevivência e integridade desta categoria de pessoas dando-lhes visibilidade. No entanto, tornar todos iguais não é o objetivo maior, mas sim reduzir, radicalmente, as diferenças de tratamento. A lei nasceria para minorar o preconceito, esclarecer dúvidas sobre o assunto, concebendo o respeito e dignidade, propiciando uma cidadania completa e impondo valores ao mundo fático ao longo de sua existência<sup>384</sup>.

A expectativa de vida de um transexual, no Brasil, é de apenas trinta e cinco anos. O país é possuidor do título que mais mata transexuais, sendo 40% de todas as mortes do mundo em território brasileiro. No ano de 2016 ocorreu uma morte a cada três dias. Para ter dimensão desse número, o México possui quatro vezes menos assassinatos e é o segundo com mais registros destes casos<sup>385</sup>.

O Congresso Nacional brasileiro tem trilhado um caminho galgado no conservadorismo, o que dificulta sair da letargia legislativa em que se encontra quando o assunto se trata de direitos dessa minoria. Materializar princípios fundamentais inerentes a qualquer cidadão, independente da sua identidade sexual, não parece ser o foco. Todavia, o direito não pode

---

383 MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

384 MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. In: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/gGTzXjwCdN04dRJu.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

385 Dados são da Associação Nacional de Transexuais e Travestis do Brasil (Antra).

adormecer e ficar engessado diante das mudanças da sociedade. Em seu papel de pacificador social, deve sempre vislumbrar soluções que tornem possível o livre desenvolvimento do ser humano, obtendo sua autonomia privada como qualquer outra pessoa. Isso tem se verificado, porém sem apaziguamento sobre questões peculiares ao tema<sup>386</sup>.

Na transexualidade, não existe a possibilidade de não se expor. A identidade exala pelo corpo e pelos trejeitos, sendo tão perceptível como qualquer outro sinal externo. Perpetuar a angústia e o constrangimento que surgem da desarmonia psicossocial, negando uma adequação no Registro Civil, é negar o direito de existir por completo, deixando à mercê o bem supremo tutelado pelo direito: o ser humano.

## Considerações finais

Diante do exposto, é incontestável que o tabu sobre a transexualidade ainda se encontra latente, fazendo com que essa parcela da sociedade ainda seja foco de discriminações e omissões por parte dos agentes estatais. A lacuna que o Legislativo persiste em perdurar, sobre questões básicas, impede um desenvolvimento da personalidade, restringindo direitos que são vivenciados por quem segue os padrões impostos.

Todavia, é visível um pensamento progressista se instaurando e norteando o tema vindo, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, baseado no direito comparado e em uma interpretação fundamentada nos princípios constitucionais em detrimento da lei de registros públicos, trazendo à tona a busca pela concretização de um real Estado Democrático de Direito, onde o direito a ser feliz não é cerceado por nenhum tipo de discriminação.

Conclui-se, portanto, que a falta de uma lei específica sobre os direitos dos transexuais acerca da adequação do registro civil resulta em uma busca pela Justiça para ver reconhecida uma identidade. Enquanto esta não se

---

386 MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. *In*: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57.

encontrar em conformidade com o gênero autopercebido da pessoa, a mesma não conseguirá vivenciar de forma plena sua cidadania. O grande cerne sobre a adequação de um Registro Civil estar atrelada a uma decisão judicial encontra-se no julgador, que, permeado de desinformação e valores morais, acaba por gerar a incerteza desse direito.

## Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **DSM-IV**. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. Porto Alegre: ARTMED, 2002, 4a. ed.

ARGENTINA. **Lei nº 26.743, de 23 de maio de 2012**. Dispões sobre o direito e a identidade de gênero das pessoas. 2012. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>. Acesso em 23 de março de 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Dados sobre a violência da comunidade LGBT**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/antrabrazil/>. Acesso em: 10 maio 2017.

BARRETO, Ocilene; CECCARELLI, Paulo Roberto. Entre o Eu e o corpo... um estranho: reflexões sobre as transexualidades. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 37, n. 69, junho 2015, p. 113-120. Disponível em: [http://ceccarelli.psc.br/pt/?page\\_id=2118](http://ceccarelli.psc.br/pt/?page_id=2118). Acesso em: 01 mar. 2017.

BITTAR, Eduardo C.B. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. *In*: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 358-378.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm). Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998.** Altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre Registros Públicos, para possibilitar a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9708.htm). Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.002/2013.** Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1069623.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.008.398 da 3ª Turma.** Mudança de Nome e Sexo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Distrito Federal, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/relatorio-e-voto-11878383>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.626.739/RS da 4ª Turma.** Retificação de Registro de Nascimento para a Troca de Prenome e do Sexo (gênero) Masculino para o Feminino. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Distrito Federal, 9 de maio de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9>. Acesso em 13 maio 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PGR pede que Supremo reconheça direito de transexuais a mudar de nome. **Notícias STF.** Distrito Federal, 22 jul. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111026>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275, de 21 de julho de 2009**. Substituição de Prenome e Sexo no Registro Civil. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>. Acesso em: 31 mar. 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada. In: VIVIANI, Alejandro Luis (org.) **Temas da Clínica Psicanalítica**. São Paulo: Experimento, 1998, p.137-147. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/texts/transsexualismo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e caminhos da pulsão. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 25, n. 50, 2003, p. 37-49. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/texts/trans-e-pulsao.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

CID- 10. Organização Mundial da Saúde. **CID-10: Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997. vol.1.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955 de 03 de setembro de 2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. 2010. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm). Acesso em: 28 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação: Travestilidade e Transexualidade**. São Paulo: Estúdio.com, 2014.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos, **Caderno Virtual**, v. 1, n 21, p. 01-34, jan/jun 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Laura/Downloads/357-1275-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 maio 2017.

HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014.

Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74822>. Acesso em: 23 mar. 2017.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Estágio em direito: a contribuição do novo projeto pedagógico do curso de Direito da Unifor. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza. v. 8, n. 8, p. 1-7, fev. 2003. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/731/1593>. Acesso em: 24 set. 2019.

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: A Repactuação Semântica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. In: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/gGTzXjwCdN04dRJu.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 459-489.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. In: **Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos**. 2006. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 01 mar.2017.

SCHEIBE, Elisa. **Direito de personalidade e transexualidade**: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 195f. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2430/ElisaScheibeDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2017.

STP. Campanha Internacional **Stop Trans Pathologization**. Disponível em: <http://www.stp2012.info/old/pt>. Acesso em: 28 fev.2017.

TEIXEIRA, Matheus. Transexuais têm direito de mudar o gênero no registro civil, diz 4ª Turma do STJ. **Revista Consultor Jurídico**. 09 mai. 2017. Identidade Psicossocial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-09/transexuais-direito-mudar-genero-registro-civil-stj>. Acesso em: 09 maio 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. v.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



# **As mutações constitucionais e inconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro**

The constitutional and unconstitutional mutations  
of brazilian legal ordinance

**Margareth Thatcher Castelo Branco Moreira**

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.  
Juíza Leiga e Mediadora e Conciliadora pelo Tribunal de Justiça do Estado  
do Ceará. E-mail: margarethth@yahoo.com.br

**Erick de Sarriune Cysne**

Advogado. Mestre em Direito Constitucional. Professor do Curso de  
Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: erick@unifor.br

**Resumo:** Quando se realiza uma pesquisa acerca de um tema como o proposto, a primeira observação que se tem a respeito é que há uma preocupação com o Estado Democrático de Direito, pois ao buscar na doutrina a sua classificação e relevância, depara-se com os esforços do constituinte originário em manter a Supremacia Constitucional, a partir de sua formalidade, rigidez no que tange à preservação das cláusulas pétreas, além de discutir a importância da Teoria da Separação dos Poderes, proposta por Montesquieu, e a sua modernização realizada pelo o sistema de Freios e Contrapesos e o Surgimento do Ativismo Judicial que, desde o Brasil Colônia, vêm sendo motivo de atenção. Neste trabalho monográfico, utilizando-se da pesquisa qualitativa, com estudo bibliográfico, com diversos doutrinadores, abordam-se ainda os fatores, os mecanismos e limites da mutação constitucional, fazendo-se referência expressa a exemplos de casos concretos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de ressaltar o controle das mutações inconstitucionais. Depois desta explanação, conclui-se que é saudável para uma democracia um Judiciário forte e independente, que luta para que o Estado de Direito e a República sejam mantidos, pois embora se mostre bastante dinâmico e atuante em virtude das mudanças da sociedade, é necessário que em determinados casos seja feita uma autocontenção, fazendo que as leis sejam também cumpridas, não apenas interpretadas, e que mesmo diante de mutações inconstitucionais, saibam agir de modo que elas sejam retiradas do ordenamento e não deem margem para uma ruptura dos Poderes o que poderá causar o fim do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Supremacia e Poder Constituinte. Separação dos Poderes. Ativismo. Mutações Constitucionais e Inconstitucionais.

**Abstract:** When conducting a research on a theme such as the one proposed, the first observation that has been made is that there is a concern with the Democratic State of Law, since in seeking doctrine its classification and relevance, it is faced with the efforts of the original constituent in maintaining the Constitutional Supremacy, from its formality, rigidity with regard to the preservation of the stone clauses, in addition to discussing the importance of the Theory of Separation of Powers, proposed by Montesquieu, and its modernization carried out by the system of Brakes and Counterweights and the Emergence of Judicial Activism that, since Brazil Colony, have been a reason for attention. In this monographic work, using the qualitative research, with

bibliographical study, with several doctrinators, the factors, the mechanisms and limits of the constitutional mutation are also addressed, making express reference to examples of concrete cases of jurisprudence of the Federal Supreme Court, besides emphasizing the control of the unconstitutional mutations. After this explanation, it is concluded that a strong and independent judiciary is healthy for a democracy, which strives for the rule of law and the Republic to be maintained, because although it is very dynamic and active due to changes in society, it is necessary that in certain cases a self-restraint is made, so that the laws are also fulfilled, not only interpreted, and that even in the face of unconstitutional mutations, they can act so that they are removed from the order and do not allow for a rupture of the Powers what may lead to the demise of the Democratic Rule of Law.

**Keywords:** Supremacy and Constituent Power. Separation of Powers. Activism. Constitutional and Unconstitutional Mutation

## Introdução

Embora a Constituição Cidadã de 1988 seja considerada “inovadora” em relação às Constituições de outros países, a sociedade brasileira passou por mudanças econômica, social e política significativas, adequando o texto constitucional a uma nova realidade do País. E foi por meio desse processo informal de alteração do sentido da interpretação, sem que o texto constitucional fosse alterado, que, no Brasil, surgiu a mutação constitucional, também chamada de vicissitude constitucional tácita, processo fático de alteração constitucional, Constituição viva e poder constituinte difuso (sendo os dois últimos pouco usados no Brasil).

Ao interpretar um texto normativo, o jurista desempenha uma tarefa, que é simultaneamente técnica e criativa. Precisa, de um lado, respeitar os limites da língua e a objetividade tangível do dispositivo positivado, e de outro, há de trabalhar com a indeterminação e a fluidez características da linguagem, que tornam a tarefa de interpretar um movimento permanente.

Um dos meios formais presentes na Constituição brasileira diz respeito à revisão constitucional e às emendas à Constituição, já o tema em análise, mutação constitucional, constitui meio informal de alteração do conteúdo constitucional. Essa alteração informal se dá por dois fatores: o primeiro diz

respeito à modificação de valores sociais como, por exemplo, as políticas que justificam as ações afirmativas, a equiparação da união estável para casamentos homoafetivos, as políticas de gênero, entre outras. E a segunda refere-se às alterações fáticas, podendo existir uma junção entre os dois fatores, ou seja, um complementando o outro.

Tal prática tem por objetivo dar ao texto constitucional seu verdadeiro sentido, no contexto de um sistema de normas aberto, imperfeito e incompleto, por via de consequência, sujeito a integrações e alargamento de sentido.

Diante dessa realidade, o procedimento da interpretação tornaria desnecessárias as frequentes violações e mutilações do texto constitucional elaborado pelo Constituinte Originário, substituindo a reforma à Constituição por uma interpretação voltada a concretizar direitos e princípios, adequando as mudanças sociais ao texto constitucional, para se manter o equilíbrio entre o documento original da Constituição e a estrutura social.

Conforme afirmado anteriormente, a prática da mutação constitucional também pode se revelar perigosa, pois pode afastar da Constituição o que há de mais significativo em um texto constitucional, vale dizer, o fato de a Constituição reservar para si a função de regulamentar a sociedade.

A problemática em torno da mutação constitucional ocorre pela necessidade de atualização da Constituição e pela omissão do Poder Legislativo em não cumprir com as prerrogativas constitucionais que lhes foram determinadas. Ao deixar de cumprir seu papel legisferante, abrem espaço para provocações na esfera judicial, tornando o Supremo Tribunal Federal protagonista de decisões de grande repercussão nacional, o que acaba interferindo e causando situações de insegurança jurídica e disputa entre os Poderes.

Desse modo, verifica-se a relevância de expor e discutir as questões referentes à efetivação da mutação constitucional e o princípio da separação de poderes, levando-as ao centro das preocupações acadêmicas. O presente trabalho insere-se no estudo dos direitos sociais. A escolha do tema justifica-se pela importância do assunto do ponto de vista político, social e jurídico, bem como pelo interesse de aprofundar o conhecimento devido à crise institucional que foi instalado na organização do Estado e principalmente do que se refere à organização dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dessa forma, no decorrer deste artigo científico, procura-se responder a questionamentos relevantes, tais como: de que maneira pode-se usar a mutação

constitucional para resolver os conflitos sociais sem que haja violação do texto constitucional e do princípio da separação dos poderes? As cláusulas pétreas podem ser sujeitas a mutações? Na existência de mutações inconstitucionais, como elas poderão ser expurgadas do ordenamento jurídico?

A justificativa para a investigação decorreu da necessidade de se analisar o tema da mutação constitucional e o princípio da separação dos poderes, por meio de uma reflexão das dificuldades encontradas no contexto das democracias contemporâneas, do drama da jurisdição constitucional e da deliberação pública sobre assuntos referentes ao Estado e da crise política que se transformou em uma crise de confiança.

## **1 Mutação constitucional**

Observa-se que constituinte originário, no exercício das suas atribui es, verificou que a Carta Política não poderia ficar restrita apenas a limites formais imodificáveis, até mesmo porque a Constitui o, como lei fundamental, já nasce estabelecendo e delineando a organiza o política e jurídica de um Estado, representando um vínculo de força presente nas sociedades, como suas crenças, convic es, enfim, todos os fatores sociológicos, políticos, econômicos e culturais que são exteriorizados e limitados pela manifesta o do constituinte derivado encarregado de modificar a elabora o primária, ao recriar e inovar a ordem constitucional instituída mesmo diante da rigidez do seu texto.

Com isso, pode-se dizer que a muta o constitucional   a mudança informal da Constitui o, ao longo do tempo, pela evolu o social, sem revisão ou elabora o de emendas, ocorrendo a partir de novas interpreta es que seu texto recebe por meio do Legislativo, do Executivo e, principalmente, do Judiciário, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de a es judiciais que se materializam e evidenciam os direitos fundamentais, através de um significado diferente, mesmo não havendo altera o na letra do seu texto.

A vida constitucional dos Estados evidencia que as constitui es sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente; e a esse caráter dinâmico da ordem jurídica acaba por redimensionar uma nova realidade normativa, onde as constitui es, sem revisões

ou emendadas, assumem novos significados, expressando uma temporalidade própria, caracterizada pela estabilidade das normas, consubstanciando a estrutura basilar que dá vida aos Estados<sup>387</sup>.

Essa inovação pode manifestar-se por meio da interpretação do texto constitucional de acordo com a realidade social vivida naquele momento, em que o poder constituinte difuso, ao exercer esse poder de fato, mesmo se tratando de um processo informal do texto constitucional, deve sempre respeitar os princípios estruturantes e em permanente evolução, além das mudanças que ele provoca, e se essas modificações não forem condizentes com o estabelecido no texto constitucional, têm que passar pelo crivo do controle de constitucionalidade, sendo confirmada sua inadequação, devem ser retiradas com urgência do ordenamento jurídico para que não causem insegurança dentro da ordem jurídica do país. Na visão de Georg Jellinek:

[...] as mudanças constitucionais não ocorrem unicamente pela atividade legislativa, mas também através das práticas judiciais, parlamentares e julgadores, administrativo governamentais, bem como pelo desuso das faculdades estatais. E diante da separação entre a norma e a realidade, muitas vezes, determinados preceitos não se tornam realizáveis, sendo que a prática acaba por, de forma imperceptível, adequá-los à realidade, o que ocorre por meio das mudanças constitucionais<sup>388</sup>.

Uadi Lammêgo Bulos<sup>389</sup> verifica que as mudanças constitucionais afetam todos os tipos, desde as rígidas até as flexíveis. Com isso, cita o autor a Constituição Americana, que tem se mantido inalterada, sob o aspecto formal, há mais de 200 anos.

Diante dessa rápida explicação acerca do fenômeno denominado mutação constitucional, pode-se perceber sua imprescindibilidade para a vida dos Estados em virtude de utilizar, muitas vezes, a realidade de fato para possibilitar a interpretação das normas constitucionais de acordo com as

---

387 BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 44.

388 JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 156.

389 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

circunstâncias da realidade, proporcionando maior eficácia na coletividade e legitimidade das decisões tomadas pelos Poderes, sem desprezitar os limites estabelecidos pelo constituinte originário, de maneira a preservar a ordem jurídica mantida pela Supremacia Constitucional, como também preservar o Estado Democrático de Direito.

## 2 Fatores que podem gerar a Mutação Constitucional

Como comentado anteriormente, a mutação constitucional pode sofrer mudanças por meio de processos informais de alteração da letra do texto constitucional, isto é, modificações que não decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado. À luz dessa constatação, Gilmar Ferreira Mendes refere-se a elas como:

[...] alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma fático axiológico ou histórico-social em que sua aplicação se concretiza mediante o qual, os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emenda [...] <sup>390</sup>.

Nesse sentido, Karl Loewenstein<sup>391</sup> utiliza o termo *stillen Verfassungswandlung*, (conversão Constituição silenciosa) como uma aceção da mudança de sentido de algum princípio do sistema constitucional vigente, que se realiza sem atingir o texto, provocando inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade social, trazendo à tona uma teoria geral do estado que acaba por diferenciar a reforma constitucional realizada por revisão ou por emendas à Constituição (processo formal) da mutação constitucional ou *Verfassungswandlungen* como um processo lento de adequação do texto com a realidade social (processo informal).

A mutação constitucional, segundo Hsü Dau-Lin, “[...] é uma incongruência entre as normas constitucionais, por um lado e a realidade

---

390 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 129.

391 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 164-165.

constitucional, por outro, provocada [...]”<sup>392</sup>. E é por meio da divisão das normas constitucionais e da realidade constitucional que o autor acabou por classificar as mutações constitucionais por “classe de mutação”, podendo ser agrupadas em quatro modalidades.

A primeira classe é a mutação que não viola formalmente a Constituição devido à prática estatal não contrariar o texto formal de nenhuma norma constitucional específica. Exemplo: artigo 59, incisos, I, II, III, IV, V,VI,VI, e parágrafo único da CF, que tratam do processo legislativo. Neste caso, o legislador derivado, no exercício de suas atribuições, pôde, por meio da criação de leis, atender aos anseios sociais sem violar o Texto Maior, através do próprio processo legislativo, que compreende a criação de emendas à Constituição, a elaboração das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias e dos decretos legislativos, assim como da elaboração, da redação, alteração e consolidação das leis.

A segunda classe é a mutação que está impedida de exercer certos direitos estatuídos na Constituição, aqui, um preceito normativo decorrente da incapacidade de gerar efeitos no mundo empírico, a Lei Maior é superada pela realidade de forma que determinada previsão não pode mais ser operada ainda que continue, sob a ótica técnico-jurídica, válida. Um exemplo dessa classe é o artigo 5º, inciso LXVII, quando trata que não “haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”<sup>393</sup>. Neste caso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria ampliaram a interpretação de quem figuraria como depositário sujeito à sanção cominada. Com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a prisão exclusivamente para o devedor de alimentos, a polêmica girou em torno da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

A terceira classe é a mutação por meio de uma prática estatal contrária à prática administrativa, legislativa e judicial que está em total

---

392 DAU-LIN, Hsü. **Mutacion de la Constitucion**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 29-30.

393 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.



desconformidade com a norma. Diferentemente da primeira modalidade em que a mutação somente era perceptível, quando da análise sistemática, nesta classe, tal situação é inequívoca. Por exemplo, o artigo 52, parágrafo único da Constituição, violado tanto na esfera legislativa, administrativa como judicial, ao permitir a perda do cargo sem a inabilitação por oito anos, para exercício de cargo público, colocou em cheque a democracia brasileira em um jogo de egos, usando o poder em benefício próprio. Com isso, pode-se dizer que uma lei ordinária, muito menos um regime interno do Senado, na forma de destaque por um partido político, poderia se sobrepor à Constituição. Nesse caso, por atentar contra o Estado Democrático de Direito, a Constituição pune seus agentes políticos que incumbiram em crime de responsabilidade e de lesa pátria.

A quarta classe é a mutação que tem o seu conteúdo modificado à medida que se regulariza uma situação real distinta daquela para qual fora criada. Ela depende principalmente de determinados preceitos cujos enunciados, para serem interpretados, dependem de fatores que se alteram com o tempo, de forma que acabam por não atender ao texto constitucional ou ao sentido que originalmente lhe foi dado pelo constituinte. Pode-se usar como exemplo o artigo 5º, *caput*, da Carta Política de 1988, que só teriam garantias os estrangeiros residentes no país, (aos que estivessem em trânsito ou em férias o texto é omissis), tendo o legislador abrangido seu sentido sem alterar a letra da lei, como é demonstrado logo a seguir.

No entanto, não se pode deixar de falar das cláusulas pétreas, nas quais o próprio constituinte originário, objetivando evitar alterações temerárias de assuntos essenciais para os cidadãos e o Estado, tratou de limitar a manifestação do controle difuso, mas esse assunto é tratado a seguir.

### **3 Os mecanismos e limites de atuação da Mutação Constitucional**

Na própria Constituição se encontram mecanismos de limites de atuação da mutação constitucional e essa limitação deve ser entendida como uma forma de proteger o povo, titular do poder constituinte, dele mesmo, pois ao fazer que a mutação seja sempre parcial, os poderes evitam

a revogação tácita da Carta Maior e acabam protegendo o ordenamento jurídico de uma possível ruptura.

Para Uadi Lammêgo Bulos, a mutação constitucional como a única limitação à ação do intérprete estaria no âmbito psicológico de sua consciência; segundo ele, caso fossem extrapolados esses limites, acabaria por desfigurar os princípios fundamentais os quais regem determinada Constituição, não preservando, assim, a própria essência do texto constitucional.

Consoante Adriano Sant'Ana Pedra<sup>394</sup>, nesse aspecto, a mutação constitucional poderia sofrer limitações de três formas distintas: pela variação da norma contra a Constituição, espécie de modificação informal do texto constitucional que acontece quando o resultado da alteração do sentido de um dispositivo específico está em contraponto com o texto constitucional e tender, assim, a violá-lo; pelo costume, quando de forma objetiva ocorrer o suprimento de uma lacuna jurídica deixada pelo legislador constituinte ao elaborar determinado dispositivo; ou por interpretação, por mudar o texto constitucional sem alterar a letra deste, consiste no estabelecimento de uma atividade interpretativa, que faz com que o dispositivo, cuja semântica seja reformada, esteja plenamente adaptado às demandas da coletividade em que está inserido. E se essas restrições não forem observadas, a mutação constitucional será inconstitucional, em esdrúxula sobreposição do fato ao direito.

Os primeiros limites dessa mutação, segundo Luís Roberto Barroso<sup>395</sup>, somente serão possíveis com a convocação do poder constituinte reformador para dar um sentido novo ao texto e, para isso, é preciso algumas alterações na semântica do relato da norma para que aconteça uma interpretação ou afetação desse texto, conforme se pretenda preservar os princípios fundamentais que darão identidade a uma Constituição específica.

No sistema constitucional brasileiro, outra limitação é a que diz respeito às cláusulas pétreas, lembradas pela maioria dos constitucionalistas, os quais defendem o posicionamento de elas possuírem caráter rígido delimitado

---

394 PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 159-185.

395 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128-129.

por um núcleo e que não pode ser modificado, estabelecendo limites às possibilidades de revisão constitucional. Para Nadja Machado Botelho<sup>396</sup>:

Mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição. E conclui afirmando que se aplica à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda.

Com isso, as **cláusulas pétreas** foram conceituadas como uma norma jurídica especializada na proteção dos elencados no artigo 60, parágrafo 4 e incisos, da Carta Política, que veda abolir por emenda à Constituição: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais, vetando até as alterações realizadas pelas emendas constitucionais que possuem uma formalidade mais rígida no processo de alteração do seu texto.

Assim, José Afonso da Silva<sup>397</sup> verifica a existência de duas modalidades de cláusulas pétreas: *as explícitas*, citadas logo acima, sendo protegidas pelos princípios constitucionais expostos no próprio artigo; e *as implícitas*, também conhecidas por “dupla revisão”, que apesar de não estarem elencadas no rol do artigo 60, §4º, e sim, espalhadas pelo texto constitucional, como o artigo 150, que trata da imunidade tributária, não podem ser abolidas da Constituição, exceto se for para melhorá-las.

Alguns autores, como Georg Jellinek<sup>398</sup>, que não aceitam a ideia de que uma cláusula pétrea não possa, nunca, ser suprimida, a não ser por obra do poder legislador constituinte originário, na elaboração de uma nova

396 BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-40.

397 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 297.

398 JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Constituição. Defendem eles que a Constituição tem por fim último regular a vida política do Estado e, sendo essa dinâmica mutável, não se pode falar em texto definitivo que não possa ser suprimido numa Constituição. Assim, para esses doutrinadores, as cláusulas pétreas poderiam ser superadas, afastadas do texto constitucional, desde que por meio de um procedimento especial de “dupla revisão”, isto é, por meio da aprovação de duas emendas constitucionais sequenciais. Enfim, as cláusulas pétreas não poderiam ser superadas por meio da aprovação de uma emenda constitucional, mas poderiam ser superadas por meio da aprovação de duas emendas sequenciais. Toma-se como exemplo a hipótese de o Congresso Nacional retirar o direito de voto do analfabeto, por meio da promulgação de uma emenda constitucional, não poderia fazê-lo, pois essa emenda esbarraria numa cláusula pétrea, que é o direito de voto universal, como disposto no dispositivo constitucional do artigo 60, parágrafo 4, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Na visão de Uadi Lammêgo Bulos “há sim, limites à mutação constitucional, uma vez que não se admite a existência de mutações inconstitucionais” e “o limite”<sup>399</sup>, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete que, ao empreender o processo interpretativo, recorra de sua autocontenção para que não viole os mecanismos de controle de constitucionalidade e nem interfira nos outros Poderes, usando como pretexto as mudanças sociais, para exorbitar os limites impostos pela Constituição, que, caso não observadas, produzem mutações inconstitucionais tornando o ordenamento inseguro e sem confiança.

## 4 Controle das Mutações Inconstitucionais

Visando buscar um melhor entendimento sobre o item acima disposto, verificando-se a diferença entre mutação constitucional das mutações inconstitucionais, percebe-se que, além de ser um problema técnico-jurídico, essa diferenciação é bastante tênue e pode gerar confusão, todavia não basta que a realidade se modifique para que o Estado mude pela aplicação da norma jurídica.

Desse modo, Paulo Gustavo Gonet Branco fez uma interessante distinção entre o fenômeno da mutação constitucional e a mutação inconstitucional.

---

399 BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89-91.

A mutação constitucional ocorre quando o fato sobre o qual a norma deve incidir sofre modificações na sua estrutura ou natureza, por isso, o significado da norma acaba mudando sem que o seu texto seja alterado, ou seja, motivos diversos que acabam alterando a realidade de maneira que ela não mais mantém sintonia com a hipótese prevista pelo legislador. A mutação inconstitucional se dá quando uma nova visão jurídica passa a vigir na sociedade, onde as próprias dinâmicas jurídicas, também por influência dos fatores externos que operam no mundo real, acabam por fazer prevalecer uma visão do direito que não prevalecia na época da elaboração da norma. Sendo importante lembrar que, nesses dois casos, a alteração nos fatos ocasiona também mudanças no mundo material, tendo o Judiciário que impedir a proliferação de entendimentos inconstitucionais para que não causem embaraço nas relações jurídicas praticadas pela sociedade<sup>400</sup>.

Contudo, a condição precípua para que haja mutação constitucional é o apoio encontrado pela norma jurídica no modo como as palavras são interpretadas, de forma que não modifique a estrutura depois disso, pois se isto acontecer, não se tratará de mutação constitucional, mas de uma mera interpretação inconstitucional. Impeachment recentemente julgado pelo Senado Federal, quando o então presidente da Suprema Corte, Ricardo Lewandowski, ao atribuir ao texto do artigo 52, parágrafo único, uma interpretação contrária à literalidade do próprio texto, violou o compromisso publicamente assumido no ato de sua posse, de respeitar e defender o texto constitucional, cometendo um claríssimo desvio de finalidade do instituto da mutação constitucional.

Diante dessa violação cometida pelos “guardiões” da Constituição que é posta em cheque a independência do Judiciário, pois traem a missão de preservar a ordem jurídica, viram coautores de ilegalidades e injustiças de maneira a causar descrédito a um dos Poderes que mais vem se destacando nesse período de incerteza.

Isto posto, pode-se dizer que cabe ao juiz o dever de vincular seus atos à Constituição e à legislação infraconstitucional, pois possuem consciência de suas prerrogativas, bem como até onde podem se valer das mutações

---

400 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio**: o ativismo judicial. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2010.

para resolução de conflito, além de afastar por meio da análise e posterior declaração fundamentada da inconstitucionalidade da lei (controle concentrado) sua concepção razoável de justiça, onde a aplicação da lei seja posta de maneira segura, justa e, em caso da sua falta, o intérprete pode valer-se de outros métodos alternativos do direito de forma objetiva, lançando mão de subjetivismos, para que suas decisões não sejam inconstitucionais e nem precisem ser retiradas do ordenamento jurídico pelos legisladores ou pelo controle de constitucionalidade.

## **5 Casos Concretos da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF**

A jurisprudência é rica em decisões tomadas pela Suprema Corte, tanto para padronizar suas decisões como para se adaptar à realidade do dever ser com o que é de verdade. E para isso, muitas vezes, vale-se dos costumes, das analogias, e até de suas próprias decisões para atender à sociedade. Nos casos a seguir, é apresentado que cabe à mutação por interpretação solucionar determinados preceitos, uma vez que estes dependem de fatores que se alteram com o tempo e que acabam por desatender o texto constitucional ou o sentido que originalmente lhes foi dado pelo constituinte.

Conforme explica Wellington Márcio Kubliskas, devido às omissões legislativas o STF vem introduzindo mutações constitucionais nas normas da Constituição de 1988 da qual se podem citar alguns exemplos práticos<sup>401</sup>:

### **a) Mutações constitucionais e princípio federativo**

Tem-se como exemplo a ADIN nº 276/AL, que trata da adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-Membros, conforme artigo 11 do ADCT o qual dispõe que cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, constando da promulgação da CF, sendo obedecidos seus princípios, e em seu parágrafo único continua o artigo ao afirmar que, caso seja promulgada a Constituição do Estado, compete à Câmara Municipal, no prazo de seis

---

401 KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 251-261.

meses, vetar a lei orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitando o disposto na Constituição Federal e Estadual.

**Processo legislativo: modelo federal: iniciativa legislativa reservada: aplicabilidade, em termos, ao poder constituinte dos Estados-membros.** 1. As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito - como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada - ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República. 2. Essas orientações - malgrado circunscrita em princípio ao regime dos poderes constituídos do Estado-membro - é de aplicar-se em termos ao poder constituinte local, quando seu trato na Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a partir da área de iniciativa reservada do executivo ou do judiciário: é o que se dá quando se eleva ao nível constitucional do Estado-membro assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal, a exemplo do que sucede na espécie com a disciplina de licença especial e particularmente do direito á sua conversão em dinheiro (STF - ADI: 276 AL, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/11/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-12-1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020).<sup>402</sup>

No caso exposto, observa-se que a mutação constitucional ocorreu sobre o **Princípio Federativo** que deve orientar toda a estrutura política do país, seja ela composta pelo autogoverno, auto-organização, autolegislação, ou da auto-administração.

---

402 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 276/AL- Alagoas, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/11/1997, Tribunal Pleno, **Diário da Justiça**, Data de Publicação: 19/12/1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000112877&b ase=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jan. 2018. (grifo nosso).

## **b) Mutação constitucional e direito fundamental**

No RE nº 251.445/GO, que garante a inviolabilidade domiciliar do consultório profissional de cirurgião dentista, ao abranger o termo “casa” do artigo 5º, inciso XI, ambos dispositivos da Carta Política brasileira.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA.- Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas.- Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 586/587) (STF - RE: 251445 GO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068)<sup>403</sup>.

---

403 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO-Goiás**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/06/2000, Diário da Justiça, Data de Publicação: 03/08/2000 PP-00068. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000048673 &base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 jan. 2018.



Essa decisão mostra uma mudança de entendimento pelo STF do conceito normativo de “casa”, estendendo de forma abrangente, por entender que o artigo CP, artigo 150, § 4º, III, trata-se de qualquer compartimento privado em que alguém exerce profissão ou atividade compreendo os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. Onde nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI).

### **c) Mutação constitucional e regras do processo democrático**

Ao promover a reforma política informal, o STF acaba por definir, independentemente da atuação do Parlamento, algumas regras importantes ao funcionamento do jogo democrático, como apresentado no RE nº 197.917-8/SP, com a fixação proporcional do número de vereadores artigo 29, inciso I da Constituição Federal.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO. LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. 1. A Res.-TSE nº 21.702/2004 fixou número de vereadores para a eleição de 2004, proporcionalmente ao número de habitantes, de acordo com o que decidiu o STF no RE nº 197.917-8/SP. 2. Não há falar, no caso, em extensão da vigência da Res.-TSE nº 21.702/2004 ou na eficácia erga omnes do acórdão proferido pelo STF no RE nº 197.917-8/SP. Como firmado em diversas oportunidades, o exame da quaestio juris envolve a interpretação do art. 29, IV, da CF, dada pela Suprema Corte, a quem compete precipuamente a sua guarda. 3. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e desprovidos. (TSE - AgR-MS: 3844 MS, Relator: MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/05/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/06/2009, Página 29)<sup>404</sup>.

---

404 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Mandado de Segurança AgR-MS 3844 MS. Relator: Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento: 21/05/2009, **Diário da Justiça Eletrônico**, Data de Publicação: 18/06/2009, Página 29. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/juris/prudencia/4710099/agravo-regimental-em-mandado-de-seguranca-agr-ms-3844-ms>. Acesso:19 maio 2017.

Segundo Francisco Lisboa Rodrigues, “o tema das mutações constitucionais oriundas da atividade judicial não é pacífico e o principal entrave, pelo visto, é sempre um positivismo legalista e formal sendo ressuscitado pelos operadores do Direito”. E complementa “observou-se que a construção constitucional é fruto de trabalho hermenêutico que não se confunda com protagonismo ou ativismo judicial, embora possam estar juntos”<sup>405</sup>.

Com isso, pode-se dizer que, em muitos casos, as decisões tomadas por Tribunais, sejam elas por via difusa ou concentrada, acabam por interferir diretamente no processo político da nação, causando desconforto e insegurança.

Por fim, conclui-se que a mutação constitucional é uma realidade nas Constituições escritas, rígidas e democráticas, no entanto esse fenômeno, quando em contato com o poder constituinte, seja ele originário ou derivado, enseja um limite. Isto porque elas ocorrem primeiro no mundo dos fatos, ou seja, não se consolidam de imediato no ordenamento jurídico atual, isto é percebido nos dispositivos constitucionais dotados de elasticidade que necessitam da mutação para se adequar aos princípios constitucionais da proteção dos direitos fundamentais e ao princípio do Estado Democrático, tendo cuidado para que ela não seja desvirtuada e acabe causando a ruptura do Estado Democrático de Direito.

## Considerações finais

No âmbito do atual constitucionalismo, a mutação constitucional se dá pela necessidade de atualização da Carta Magna e pela omissão do Poder Legislativo em não cumprir com as prerrogativas constitucionais que lhe foram determinadas. Ao deixar de cumprir seu papel legisferante, abre-se espaço para provocações na esfera judicial, tornando o Supremo Tribunal Federal protagonista de decisões de grande repercussão nacional, interferindo e causando situações de insegurança jurídica e disputa entre os Poderes.

---

405 RODRIGUES, Francis Lisboa. Mutação por Construção Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 89. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

Isto exposto, conclui-se que não é a mutação constitucional que causa esses desconfortos e inseguranças na população, pois ao trazer para si um processo de alteração do texto constitucional, o qual não é regulado por normas específicas previstas na própria Constituição, mas sim, pela interpretação de uma determinada norma à luz de um contexto específico, verifica-se que essa transformação do texto constitucional é importante e necessária, tendo em vista que essa alteração, quando usada de maneira adequada, em nada prejudica a sociedade, pelo contrário, faz com que a norma entre em conformidade com os anseios políticos, econômicos e sociais de um país.

Na realidade, o que é ruim para o ordenamento jurídico são as frequentes disputas travadas entre os Poderes Legislativo, Executivo e principalmente pelo Judiciário, devido às divergências institucionais encadeadas por aqueles que representam o povo com legitimidade (escolhido pelo voto) e por aqueles que têm uma “representatividade indireta”, como os indicados para compor cargos de ministro da Suprema Corte do Brasil, cargo de grande importância e relevância para os brasileiros, pois tem como competência precípua a guarda, a permanência e a manutenção da Constituição, conforme definido no seu artigo 102.

Diante desse contexto, sou signatária da corrente que pune pelo entendimento que esse órgão de cúpula deveria tratar apenas de questões constitucionais, como fazem as Cortes Constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos da América. Percebe-se que, ao acumularem funções, podem desvirtuar a função precípua de guardar o texto constitucional, gerando confusão devido a decisões ativistas, ao fazer prevalecer os seus entendimentos e não o que rege a Constituição. O Supremo não pode valer-se de suas prerrogativas de guardião da Constituição para usurpar seu texto e incorporar suas convicções, muito menos trazer à tona mutações inconstitucionais que possam causar insegurança e descrédito às instituições.

Nesse sentido, uns pontos importantes a serem destacado, ao final de toda a análise realizada do caso concreto abordado neste trabalho, são as constantes usurpações de competências pelos poderes, desvirtuando no âmbito do atual constitucionalismo o princípio da separação de poderes, por meio do ativismo jurídico exacerbado e em busca de satisfazer apenas os próprios interesses e daqueles que os indicam.

Com efeito, entende-se que a mutação constitucional deterá o objetivo claro de estabelecer uma permanente atualização da Constituição de maneira

que ela detenha não apenas aspectos formais, consistidos em ser o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, mas também os informais, tais como possibilitar uma sociedade justa a todos e concretizar os direitos fundamentais em consonância com a realidade.

Em vez do que se constata, cada vez mais é a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Magno, ou porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos Poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, e isto é perigoso, pois ao ser acionado por grupos de pressão, como pela opinião pública e pelos partidos políticos, acabam fugindo do que foi previsto no texto Constitucional e gerando insegurança jurídica.

É saudável para uma democracia um Judiciário forte e independente, que luta para que o Estado de Direito e a República sejam mantidos, pois embora se mostre bastante dinâmico e atuante em virtude das mudanças da sociedade, é necessário que, em determinados casos, seja feita uma autocontenção para que as leis sejam cumpridas e não apenas interpretadas, para que, mesmo diante de mutações inconstitucionais, saibam agir de modo que elas sejam retiradas do ordenamento e não deem margem para uma ruptura dos Poderes que poderá causar o fim do Estado Democrático de Direito.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança AgR-MS 3844 MS**. Relator: Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento: 21/05/2009, Diário da Justiça Eletrônico, Data de Publicação: 18/06/2009, Página 29. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4710099/agravo-regimental-em-mandado-de-seguranca-agr-ms-3844-ms>. Acesso:19 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 276/AL- Alagoas**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/11/1997, Tribunal Pleno, Diário da Justiça, Data de Publicação: 19/12/1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000112877&base=baseAcordados>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO-Goiás**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/06/2000, Diário da Justiça, Data de Publicação: 03/08/2000 PP-00068. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000048673&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAU-LIN, Hsü. **Mutacion de la Constitucion**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. *Mutação por Construção Constitucional*. In: MIRANDA, Jorge (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 75-92. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

# **O controle jurisdicional como instrumento de concretude do Estado Democrático de Direito**

The judicial review as an instrument of efficiency of the democratic rule of law state

## **Bruno Barbosa de Oliveira**

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Servidor Público.

E-mail: [brunobarbosaufv@gmail.com](mailto:brunobarbosaufv@gmail.com)

## **Deilton Ribeiro Brasil**

Pós-doutor em Direito junto à Università degli Studi di Messina, Itália. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

E-mail: [deilton.ribeiro@terra.com.br](mailto:deilton.ribeiro@terra.com.br)

## **Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira**

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor do Instituto Politécnico do Cávado e Ave, Portugal.

E-mail: [gsopasdemelobandeira@gmail.com](mailto:gsopasdemelobandeira@gmail.com)

**Resumo:** O controle de constitucionalidade é tido no ordenamento jurídico como mecanismo de promoção e defesa de direitos, face à sua aplicabilidade e comprometimento diante da proteção dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988. Um Estado democrático de Direito desenvolve-se amparado nas necessidades de espaço e tempo buscado por suas instituições, através do propósito legal de dirimir conflitos e anunciar a legalidade de seus preceitos jurídicos. A verticalização do sistema jurisdicional é uma tendência forte no Brasil, trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, que visa atender, fortalecer e garantir a ordem democrática e também analisar de forma específica os julgamentos confiados aos órgãos judiciários. A promoção desses dispositivos é considerada como restauradora das instituições políticas e reveladora dos anseios sociais, econômicos e jurídicos. Na elaboração do artigo utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica e procedimento metodológico indutivo.

**Palavras-chave:** Controle jurisdicional. Princípios fundamentais. Estado Democrático de Direito. Constituição Federal de 1988. Poder Judiciário.

**Abstract:** The judicial review is understood in the legal order as a promotion and rights defense mechanism, on its applicability and commitment on the protection of fundamental rights written in the Federal Constitution of 1988. A democratic rule of law State develops itself based on the space and time needs sought by its institutions, through the legal purpose of managing conflicts and announcing of the legality of its legal conditions. The verticalisation of the jurisdictional system is a strong trend in Brazil, brought by the Constitutional Amendment 45/2004, which aims to attend, reinforce and guarantee the democratic order and analyze in a specific way the judgments trusted to the Judiciary body. The promotion of these devices is considered as restorative of the political institutions and revealing of the social, economic and legal needs. In the elaboration of the article we used theoretical-bibliographic research and methodological inductive procedure.

**Keywords:** Judicial review. Fundamental principles. Democratic rule of law State. Federal Constitution of 1988. Judiciary branch.

## Introdução

O presente artigo tem como propósito elencar os controles de constitucionalidade e sua verificação no ordenamento jurídico, com o objetivo



de proporcionar uma interpretação mais adequada de sua aplicabilidade perante os Tribunais brasileiros.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 adota um sistema misto de controle, há que se caracterizar o processo constitucional moderno como sendo difusor dos direitos e garantias inerentes ao cidadão, buscando-se priorizar a estreita relação entre o poder, o Estado e seus signatários.

Os atos que se submetem ao controle judicial, uma vez observados e aplicados, refletem o interesse público para fins de sua aplicação. Seus efeitos são tratados como vinculantes e sua análise visa propiciar sua eficácia.

A variação existente nos controles e seus modelos e sistemas aplicados são importantes para assegurar o poder constituinte e fortalecer o devido processo constitucional aos governantes e governados.

O processo constitucional consubstancia-se em interesse dos cidadãos, esboçado como sustentáculo do poder de atuação estatal, assegura a preservação dos valores nele alcançados, abordando sua competência e atribuição à vontade dos litigantes.

Por seu turno, o controle jurídico regula e orienta a vida em comunidade, em face dos aspectos essenciais e de sua manifestação processual, objetivando cumprir, de forma definitiva, os anseios sociais e seus interesses múltiplos existentes.

Dessa forma, o fomento, a tutela e a preservação dos interesses normativos são características do Estado Democrático de Direito, que pressupõe amparo aos princípios fundamentais básicos e a guarda da Constituição Federal, a fim de que sejam superadas as desigualdades sociais e aclamados os direitos relativos aos valores da dignidade humana.

Para o tema em questão adotou-se a pesquisa teórico-bibliográfica, quando se trata da descrição direta e indireta de bibliografias relacionadas à temática caracterizada, associada ao desenvolvimento do assunto tratado. O procedimento metodológico é indutivo, tendo em conta que o pesquisador parte de uma tônica específica para uma concepção geral, aprimorada durante a realização do trabalho.

## **1 Um esboço histórico do controle de constitucionalidade no Brasil**

O mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais pelo Poder Judiciário é uma construção do

constitucionalismo norte-americano. Diversos precedentes judiciais levaram ao mecanismo de verificação judicial da adequação vertical das leis com o Texto Constitucional, até a eclosão do famoso caso *Marbury versus Madison*, relatado pelo Presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, em 1803. Essa doutrina do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário como uma decorrência inevitável da superioridade da Constituição escrita em relação às demais normas consolidou-se na jurisprudência norte-americana. O Brasil, influenciado por esse modelo, passou a admitir o controle judicial da constitucionalidade a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891<sup>406</sup>.

O regime republicano, em 1891, instaura uma visão de aplicação do controle no Brasil, fortemente influenciado pelo sistema norte-americano, como se denota anteriormente. Ela incorpora e reconhece as competências do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais (artigo 59, § 1º, alíneas a e b)<sup>407</sup>.

A Constituição Federal de 1934<sup>408</sup> introduziu diversas mudanças significativas, onde o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se, dessa forma, a insegurança jurídica decorrente dos diversos entendimentos dos tribunais<sup>409</sup>.

---

406 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

407 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

408 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

409 VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jul./dez. 2010. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo\\_Bruno\\_Zilberman\\_Vainer\\_\(Breve\\_Historico\\_acerca\\_das\\_Constituicoes\\_do\\_Brasil\\_e\\_do\\_Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Controle_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em: 02 nov. 2016.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1937<sup>410</sup> traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (artigo 101, III, b e c), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (artigo 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no artigo 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento<sup>411</sup>.

O texto constitucional de 1946<sup>412</sup>, denominado de Constituição dos Estados Unidos do Brasil, surgiu com a derrocada de Getúlio Vargas, haja vista que a ditadura do Estado Novo passara a carecer de legitimidade em virtude da participação brasileira na Segunda Guerra Mundial, ao lado de nações democráticas. Com a saída de Getúlio Vargas, há o fim do denominado Estado Novo e tem início um período de redemocratização, no qual foram minimizadas as atribuições conferidas ao Poder Executivo, de modo a restabelecer o equilíbrio entre os poderes; ocorre a constitucionalização do mandado de segurança, a fim de possibilitar uma maior proteção dos direitos de caráter líquido e certo que não tenham a proteção conferida pelo *habeas corpus* ou pela ação popular e a propriedade passa a ser submetida à sua função social, de modo que passa a ser possível a ocorrência da desapropriação quando da ocorrência de interesse de caráter social<sup>413</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, ou Constituição de 1967, foi a sexta constituição do Brasil e quinta de sua república, bem como sua segunda e última constituição republicana de caráter autoritário. Elaborada sob supervisão dos militares no poder, essa Carta legitimava o regime iniciado pelo Golpe de 1964, abandonando sua fachada democrática e formalizando a ditadura militar. Talvez a mais repressiva de todas as constituições, ela desfazia

---

410 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

411 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

412 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

413 VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 33.

boa parte dos preceitos democráticos da Constituição de 1946, servindo, na prática, de mero pretexto para a ação do governo militar sobre a vida pública. Por si só muito autocrática, concentrando poderes no Executivo e autorizando a extinção de partidos políticos, ela foi suplementada por diversas emendas, decretos-lei e, mais famosamente, atos institucionais, que foram incorporados ao seu texto na Emenda Constitucional de 1969<sup>414</sup>.

Os atos institucionais eram instrumentos legais hierarquicamente superiores à Constituição (até então, a de 1946). Se o Ato Institucional nº 1 (1964) permitia que o governo alterasse a Constituição e o Ato nº 3 revertia a derrota do regime no breve período eleitoral que ele permitiu (as eleições estaduais de 1965), o Ato nº 5 (AI-5, de 1968) foi o mais infame, permitindo ao Presidente, sem qualquer impedimento do Judiciário, extinguir o Congresso Nacional, cassar mandatos, intervir nos Estados, sustar *habeas corpus* e suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por até dez anos. De modo a restaurar a Constituição como lei máxima, os atos institucionais foram a ela incorporados na Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, praticamente uma atualização mais radical do já autoritário texto de 1967<sup>415</sup>.

A Constituição Federal de 1988 ampliou, de forma significativa, as formas e os critérios de proteção judicial, bem como o controle de constitucionalidade das leis. Estabeleceu no Brasil um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade *sui generis*, visto que contempla o controle preventivo por meio da atuação do Chefe do Poder Executivo (poder de veto) e através da atuação do Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça), bem como o controle repressivo, principalmente sob a forma jurisdicional, a qual contempla os métodos difusos, ou *incidenter tantum*, e concentrado, acrescentando ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Outra característica peculiar do sistema brasileiro é que há duas exceções ao controle jurisdicional repressivo: a) O Artigo 49, V, CF/88 estabelece “competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder

---

414 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 24 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) Acesso em: 02 nov. 2016.

415 BRASIL. **Constituição de 1967 suprimiu liberdades individuais e legitimou o regime militar**. O **Globo**, Rio de Janeiro. 26 set. 2013. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/constituicao-de-1967-suprimiu-liberdades-individuais-legitimou-regime-militar-10169187>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”. Os atos atingidos por esse controle são o Decreto Presidencial e a Lei Delegada; b) O Artigo 62 CF/88 estatui que o Poder Legislativo pode rejeitar uma Medida Provisória por considerá-la inconstitucional<sup>416</sup>.

## 2 Controle de constitucionalidade propriamente dito

O processo constitucional moderno tem suas bases no Estado Democrático de Direito, vez que visa à indispensável compreensão sobre os direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e da liberdade substancial e processual do arguido e da sua dignidade como pessoa, bem como o cuidado vigilante que o Direito Constitucional e a própria Constituição dedicam a um setor tão delicado das relações entre o poder, o Estado e o cidadão<sup>417</sup>.

No Brasil, existem dois tipos de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação, o que caracteriza o sistema como sendo um sistema híbrido ou misto, no que toca ao controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, tanto o controle difuso quanto o concentrado são aplicáveis no ordenamento jurídico pátrio, visando a proteção dos direitos fundamentais e a salvaguarda da Constituição Federal.

Tendo em conta a alegação de inconstitucionalidade das leis, que se constitui como o objeto principal da jurisdição constitucional, entende-se que os atos oriundos dos órgãos legislativos deverão estar sujeitos ao controle de constitucionalidade. Ressalta-se, pois, que esse controle deve atender e resolver os conflitos de normas existentes, para que, objetivamente, produza seus efeitos. Assim, torna-se importante ressaltar que:

Os controles dos órgãos estatais são de grande importância para o funcionamento de instituições democráticas, pois a sua falta leva-nos a processos de concentração de poder, sistema combatido, justamente, por

---

416 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

417 CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual**: estudos jurídicos aplicados. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010. p. 206.

aqueles que procuram desenvolver regimes de separação ou de funções inerentes ao próprio exercício do poder<sup>418</sup>.

Nesse diapasão, pressupõe-se que, para que haja o cumprimento adequado dos controles constitucionais, mister se faz observar a sua formação e aplicabilidade face às teorias jurídicas adotadas, seu alcance, limitação e o caráter espaço-temporal.

A existência dos controles faz com que seja observado o caráter de constitucionalidade neles existentes, a fim de que o Estado cumpra seu papel social e jurídico, especialmente, na proteção dos direitos garantidores da liberdade de seus destinatários. Nessa acepção, algumas notas sobre controles de constitucionalidade:

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle<sup>419</sup>.

O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu), assim designado por farta parte da doutrina, confere atribuição para julgar questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. Estipula mecanismos específicos de defesa, com eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto. O sistema americano (difuso) parte do pressuposto da defesa de posições exclusivamente subjetivas e propõe modelo processual que valoriza o interesse público.

O modelo americano desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte Americana, no que toca, em especial, ao caso de *Marbury v. Madison*, de 1803. Nesse enfoque, é tratada a ruptura havida na judicial review com a tradição inglesa acerca da soberania do Parlamento, o que ocasiona mudanças de paradigmas. A competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa determina a adoção desse modelo em diversas partes do mundo. O controle misto dispõe dos dois modelos especificados anteriormente.

---

418 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 147.

419 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

Nesse modelo, os órgãos ordinários do Poder Judiciário afastam a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, reconhecendo-o em órgãos de cúpula, caracterizados pelos Tribunais Supremos ou Cortes Constitucionais<sup>420</sup>.

Dessa forma, a aproximação entre ambas as espécies de controle de constitucionalidade propicia uma verdadeira mutação no texto constitucional, pois o artigo 52, X da Constituição Federal prevê a necessária participação do Senado na suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso<sup>421</sup>:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto’<sup>422</sup>.

Observa-se, no Brasil, forte tendência de verticalizar a jurisdição constitucional, em especial a partir da égide da Constituição da República de 1988. A criação de instrumentos de objetivação de decisões, a partir da Emenda constitucional nº 45/2004, a chamada *Reforma do Judiciário*, trouxe à ordem jurídica brasileira alguns institutos que fortaleceram o papel dado ao Supremo, criando mecanismos de controle diferenciados, o que torna possível fazer uma análise mais específica.

O artigo 103-A da Constituição Federal prevê a aprovação de súmulas pelos membros do Supremo Tribunal Federal, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos outros órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta em todas as suas esferas. As súmulas terão eficácia *erga omnes*, o que promove uma

---

420 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

421 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

422 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 64.

aproximação dos efeitos do controle difuso *in concretum* aos do controle concentrado *in abstracto*<sup>423</sup>.

A evolução na interpretação do controle de constitucionalidade demonstra vários posicionamentos e consequências. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a possibilidade de que uma norma declarada constitucional tenha sua validade questionada em virtude desse processo hermenêutico. A adaptação da técnica de decisão se faz importante para caracterizar situações de transição.

Os mecanismos de controle variam conforme modelos e sistemas adotados, os quais, por sua vez, não objetivam excluir normas não condizentes com a Constituição. O direito de revisão é assegurado com o poder constituinte derivado.

## 2.1 O controle judicial de constitucionalidade

Vale ressaltar que não tem essa atividade cunho caritativo, mas sim, qualifica-se na obrigação consagrada no poder dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade (governantes e governados)<sup>424</sup>.

Com isso, as decisões jurisdicionais necessitam de pronunciamento, em obediência aos direitos e garantias fundamentais inerentes a todos, em especial àqueles conferidos pela Constituição Federal de 1988, onde está previsto o princípio do Estado Democrático de Direito, como arcabouço das instituições políticas brasileiras. Por essa razão, deve ser ressaltado que:

Controle, repito, *judicial*, ou seja, jurisdicional: *judicial review*, *control jurisdiccional*. Uma ulterior delimitação do novo tema podemos, realmente, logo fazê-la aqui, precisando que pretendemos tratar não, em geral, de qualquer sistema de controle da constitucionalidade das

---

423 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

424 SANTOS, Amílcar Reis Alves dos *et al.* A objetivação do controle difuso de constitucionalidade. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (org.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2015.



leis, mas tão-só daqueles sistemas em que o controle seja confiado a órgãos judiciários, exercendo uma função jurisdicional. O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz*<sup>425</sup>.

A justiça constitucional reduz-se à unidade, ao menos pelo seu aspecto de funcionalidade, qual seja: tutelar a ação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. Mas há que se observar a diferença havida em suas diversas manifestações por todo o mundo, referente ao controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e, sobretudo, com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis<sup>426</sup>.

Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos países, em lugar de um controle jurisdicional – ou talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar políticos, mas não, judiciários. Usualmente, nesses sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais<sup>427</sup>.

Os sistemas de justiça constitucional, em sua estrutura e funcionamento, além de assegurar a supremacia da Constituição, colaboram para a preservação

---

425 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

426 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 308.

427 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 26.

dos valores aí expressos, possibilitando o equilíbrio entre os distintos centros de poder, decorrência do pluralismo institucional<sup>428</sup>.

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos<sup>429</sup>.

O vocábulo jurisdição, na linguagem jurídica, surge com vários significados. Exemplificando com os Estados latino-americanos, diz que a palavra possui, pelo menos, quatro acepções: como o âmbito territorial; como sinônimo de competência; como conjunto de poderes ou autoridade de certos órgãos do poder público; ou no sentido preciso e técnico, de função pública de fazer justiça.

A atividade jurisdicional ocorre quando um órgão do Estado aplica normas jurídicas em casos contraditórios, substituindo sua vontade e de outras pessoas ou órgãos. O conceito efetiva-se quando ocorre uma contenda jurídica e um órgão independente das partes substitui e impõe a vontade dos litigantes, podendo atuar de ofício ou a pedido dos mesmos<sup>430</sup>.

## 2.2 Controle formal

É tido especificamente como controle jurídico. O órgão que o exerce observará se as leis foram elaboradas conforme preconiza a Constituição. Verificará se houve acatamento das formas utilizadas, se os mandamentos pertencentes às legislações existentes não serão transgredidos e se a obra do legislador ordinário não esboça preceitos relacionados à organização técnica dos poderes ou às relações efetivas.

O controle formal se refere “ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei”. É controle que se exerce nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição

---

428 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 164.

429 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**: introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

430 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 76.

das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes<sup>431</sup>.

O objetivo primordial desse tipo de controle é fazer com que as normas constitucionais sejam cumpridas e não estejam em discordância com a forma prevista no ordenamento. O controle formal pode exercer-se juridicamente, e a justiça que o desempenha é, com efeito, como afirma Rui Barbosa, “um poder de hermenêutica e não um poder de legislação”<sup>432</sup>.

## 2.3 Controle material

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação dos poderes<sup>433</sup>.

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural<sup>434</sup>.

O conceito de Constituição que nos interessa aqui não é aquele que, de tão amplo, relega as peculiaridades que justificam a configuração de uma doutrina jurídica específica para a realidade constitucional. Levar, porém, o

---

431 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

432 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

433 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

434 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

delineamento da Constituição a tais extremadas latitudes equivale a destituir o conceito de utilidade para o jurista<sup>435</sup>.

### 3 O Estado Constitucional Democrático

Visando à consecução de um Estado constitucional, há que se distinguir dois pontos fundamentais, a saber: a) a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; b) a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político<sup>436</sup>.

O Estado de Direito Democrático para fazer valer sua força política e normativa necessita de um conjunto de instituições políticas estruturais, assim como condições econômicas, sociais e culturais favoráveis a essas instituições. Complementarmente, precisa também de um conjunto de esquemas políticos e constitucionais que se referem à forma de governo adotada no país, ao controle judicial exercido, ao sistema eleitoral adotado e ao partidarismo praticado, a fim de promover a ordem jurídica e promover a execução legal prevista no ordenamento.

O processo constitucional previsto nas diretrizes normativas do Estado Democrático de Direito tem como fundamento de maior importância a garantia da efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. Cabe destacar a demanda dos pressupostos essenciais, como a celeridade processual, a duração razoável do processo e também os mecanismos de controle constitucional utilizados. Esses pressupostos não pretendem, em si, eliminar direitos e garantias fundamentais, abrigados pelos princípios do contraditório e ampla defesa, das provas, da garantia de constituição de procurador e outros previstos na Constituição de 1988. A partir dessa perspectiva denota-se que:

[...] a expressão Devido Processo Constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial. Esclarece o autor que “o procedimento legislativo,

---

435 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

436 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Editora, 2014. p. 100.

para atingir suas plenas condições de regularidade deve guardar fundamental observância à lei constitucional (Devido Processo Constitucional), regenciadora da estrutura normativa (procedimento) e dos atos do legislador que, interessado no provimento final (lei), pode participar na sua preparação desde que submetido às diretrizes formais do processo constitucionalizado<sup>437</sup>.

O processo baliza, por assim dizer, a formação, o exercício e a maneira que a norma será aplicada, sendo, pois, instrumento indispensável para nortear as decisões institucionais. O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito. O Estado Democrático de Direito, atualmente, possui um significado de fundamental relevo no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, enquanto um dos fundamentos essenciais de organização política na modernidade.

Na atual conjuntura, busca-se aperfeiçoar os mecanismos de ação estatal, considerando o objetivo de assegurar o equilíbrio entre a liberdade e igualdade dos seres humanos e podendo proporcionar avanços mensuráveis na saúde, segurança, habitação, educação e demais direitos a todos os indivíduos. A tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo inaugural, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Mas, embora tenha sido escrita pelo Constituinte com o verbo no indicativo do presente, essa afirmação não é uma realidade presente. É um desejo do povo brasileiro, que ainda está por ser satisfeito. A verdade é que, no mundo dos fatos jurídicos, no processo da história do Direito, o Estado Democrático de Direito somente se realizará no Brasil, como em qualquer país, quando não só os direitos políticos, mas todos os direitos fundamentais, inclusive

---

437 DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários: verdadeiros direitos de todos que, por serem apoiados nos deveres de todos que lhes sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da dignidade humana.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito é o Estado que veio, com a Constituição Federal de 1988, para tentar proporcionar à sociedade brasileira mais organização, subordinando os cidadãos a esta Constituição e fazendo dela um meio para se tentar alcançar a igualdade e a organização dentro da sociedade.

Deste modo, percebe-se que a base estrutural para que um Estado seja realmente Estado de Direito não é apenas a lei, mas também a obediência aos princípios fundamentais que dão garantias ao cidadão. Enquanto a lei não possui raiz e pode ser mudada a qualquer momento, os princípios são imutáveis, pois são eles os fundamentos de todo o ordenamento jurídico; são eles que dão segurança e atuam como reguladores da justiça dentro do Estado Democrático de Direito.

## **Considerações finais**

Considerando os apontamentos mencionados no presente artigo, há que se mencionar o caráter de validade, bem como a eficácia e a efetividade do controle jurisdicional, face ao devido processo legal e aos procedimentos adotados.

Uma vez contemplados o cumprimento e a interpretação da norma, inobstante seu fundamento de espaço e tempo para serem efetivamente aplicados, mister se faz observar a construção de um modelo de justiça calcado na legitimidade de suas formas e no alcance de seus pressupostos.

A função jurisdicional deve estar condizente com as normas que vigoram no arcabouço das leis brasileiras, principalmente no que se refere às normas constitucionais. A atual conjuntura política que assola o país revela que cada vez mais o devido processo legal e as formas de provimento associadas à interpretação da lei devem ser cumpridos com ética, transparência e compromisso social.

Demandar essas diretrizes sob a égide e existência dos processos aplicáveis, faz com que a Constituição e demais legislações nacionais atinjam a celeridade processual, a razoável duração dos pleitos e, ainda, promovam a liberdade do homem, guardando e protegendo os direitos liberais e sociais dos quais não se pode abdicar.

## Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. Malheiros, São Paulo: 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição de 1967 suprimiu liberdades individuais e legitimou o regime militar**. O Globo, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/constituicao-de-1967-suprimiu-liberdades-individuais-legitimou-regime-militar-10169187>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 24 jan. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 20 out. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 31 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 22 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual: estudos jurídicos aplicados.** Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional: introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Amílcar Reis Alves dos *et al.* A objetivação do controle difuso de constitucionalidade. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (org.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2015. p. 56-77.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, jul./dez. 2010. p. 161-191. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo\\_Bruno\\_Zilberman\\_Vainer\\_\(Breve\\_Historico\\_acerca\\_das\\_Constituicoes\\_do\\_Brasil\\_e\\_do\\_Control\\_de\\_Constitucionalidade\\_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em: 02 nov. 2016.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



# **A discricionariedade das decisões judiciais no Brasil na contramão dos pensamentos dworkinianos: com ênfase em matéria ambiental<sup>438</sup>**

The discretionary of judicial decisions in Brazil in the contract of dworkinian thoughts: with emphasis on environmental matters

## **Fernando Marques Khaddour**

Bacharel em Direito. Advogado militante. Especialista em Direito Criminal. Mestre em Direito ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT.

E-mail: fkhaddour@yahoo.com.br

## **Magno Federici Gomes**

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>.

E-mail: federici@pucminas.br

---

438 Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): REGA e CEDIS (FCT-PT).

**Resumo:** A presente pesquisa teve por finalidade abordar as decisões judiciais no Brasil em confronto com os pensamentos de Dworkin, no que toca suas críticas ao positivismo, para avaliar como as primeiras são tomadas e se existem decisionismos e arbitrariedades nelas. No desenrolar da pesquisa, após análise dos ensinamentos de Dworkin e pesquisa jurisprudencial, chegou-se à conclusão de que as decisões judiciais no Brasil são discricionárias e imprevisíveis, tomadas à margem da Constituição da República de 1988 (CR/1988), com as devidas exceções, o que por certo traz um prejuízo sem parâmetros para a sociedade como um todo. Na realização desta pesquisa, foi utilizado o método teórico-documental, com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de trazer uma resposta aos anseios do pesquisador e de todos aqueles que se preocupam com a observância da CR/1988 e do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-Chave:** Democracia. Positivismo. Discricionariedade. Justiça. Direito.

**Abstract:** The present research had as purpose to approach the judicial decisions in Brazil in confrontation with the thoughts of Dworkin, in what touches its critics to positivism, to evaluate how the first ones are taken and if there are decisionsisms and arbitrariness in them. In the course of the research, after analyzing the teachings of Dworkin and jurisprudential research, it was concluded that judicial decisions in Brazil are discretionary, unpredictable, taken in the margin of the Brazilian Constitution (CR/1988), with due exceptions, which A loss without parameters for society as a whole. In carrying out this research, the theoretical-documentary method was used, with deductive reasoning and bibliographical and jurisprudential research technique, in order to provide a response to the researcher's wishes and to all those who care about compliance with the CR/1988 and the Democratic State of Law.

**Keywords:** Democracy. Positivism. Discretion. Justice. Law.

## **Introdução**

Fator muito importante para a manutenção de um Estado Democrático de Direito é a observância dos preceitos constitucionais, o que engloba o sistema de governo, com sua administração, competências legislativas, Poder

Judiciário, ou seja, a divisão de poderes, além de todos os atores que convergem para a resolução dos problemas sociais.

Dentro desse diapasão, o Poder Judiciário tem um papel muito relevante dentro da sociedade, pois, como aponta Dworkin<sup>439</sup>, referindo-se aos Estados Unidos da América e à Inglaterra, o que também ocorre no Brasil, as decisões judiciais têm o condão de levar a proposições muito gerais, o que pode influenciar no comportamento de toda uma nação (ex. Lei Seca)<sup>440</sup>.

Ao se observar os temores do Juiz Learned Hand, de que para ele era preferível suportar os impostos e até mesmo a morte do que um processo judicial<sup>441</sup> e, ao observar as decisões proferidas no Brasil, se faz necessário concordar com o já falecido julgador. É certo que na praxis processual, hoje no Brasil, não existe um advogado que tenha certeza da sentença que será proferida por um Juiz, seja o caso que for. Há inclusive uma crença, ou um ditado, utilizado principalmente pelos leigos, que diz o seguinte: “em cabeça de juiz ninguém sabe o que pode sair”, em outras palavras, como é apontado por Dworkin, ao informar o dilema das “pessoas sem sorte [...]”<sup>442</sup> ao se verem diante de um processo, o que leva a pensar que se trata de uma roleta, um bilhete que pode levar à satisfação ou ao sofrimento, ou até mesmo à estigmatização ou à desgraça, dependendo do entendimento ou humor do julgador naquele momento.

Na realização da presente pesquisa, foi utilizada a metodologia teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo como marco teórico a obra de Dworkin<sup>443</sup>.

---

439 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

440 O STF até hoje não se posicionou sobre a Constitucionalidade da Lei Seca, porém, as decisões monocráticas, que tem marginalizado trabalhadores, já causaram uma mudança enorme no comportamento das pessoas, o que pode mudar outra vez dependendo da decisão que será proferida pelo STF. Pergunta-se, que tipo de decisão será essa? Política, moral, estritamente legal (positivista), ou integrativa?

441 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.

442 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.

443 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

O trabalho terá a seguinte sequência: primeiro analisaram-se as críticas de Dworkin ao positivismo e o corolário da discricionariedade das decisões judiciais. No tópico seguinte, apresentaram-se algumas decisões divergentes sobre casos idênticos, semelhante ao que Dworkin fez ao mostrar casos reais, para em seguida analisar decisões no Brasil através de uma visão dworkiniana, trabalhando o que se entende por discricionariedade, solipsismo e arbitrariedade em face da democracia para se chegar ao que Dworkin entende por Direito como integridade, indo, finalmente, à conclusão da presente pesquisa.

É certo que a presente pesquisa não teve por finalidade esgotar o assunto, principalmente por sua complexidade. Todavia, o que se espera é trazer à atenção dos que lerem essas humildes linhas, a possibilidade de se enxergar um possível desrespeito ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais, que como aponta Dworkin<sup>444</sup>, devem ser pautados pelas regras e princípios, para se atingir um Direito de integridade, conseguindo-se assim garantir a democracia, assunto relevante principalmente em épocas de conduções coercitivas e delações premiadas.

## 1 As críticas de Dworkin ao positivismo exegetico

Em sua obra “O império do direito”, Dworkin, questiona o que é o Direito, e tem por objetivo compreender de que tipo de divergência se tratam as discussões jurídicas e, então, criar e defender uma teoria sobre os fundamentos apropriados do Direito.

Dworkin, logo no início de sua obra, já aponta para a importância do Direito dentro de uma sociedade e de sua inafastabilidade, quando informa que “Vivemos na Lei e segundo o Direito”<sup>445</sup>, ou seja, toda a vida, dentro da sociedade, que hoje se estende a todos os cantos do planeta, está coordenada e dirigida pelo Direito. Sendo assim, o Direito é o soberano, vivendo-se sob seu império.

Por isso discute-se esse Direito, porém sem conhecê-lo bem. Como informa o autor, “somos súditos do império do direito, vassallos de seus

---

444 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 11.

445 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

métodos e ideias, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto, fazer”<sup>446</sup>.

Assim, apresentam-se os problemas apontados por Dworkin, v.g., “Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”<sup>447</sup>, o que é direito e porque é importante.

Diante disso, Dworkin vai apontar a importância para a sociedade, como um todo, o modo como os juízes decidem, sendo que o juiz será ator principal para demonstrar a teoria de Dworkin devido à forma que as decisões são construídas. E faz uma crítica a tais decisões, ao informar que seu mentor, Learned Hand, dizia ter mais medo de um processo judicial do que da morte ou dos impostos.

Nesse raciocínio, o autor informa que a sociedade como um todo, em um processo judicial, está à disposição, ou nas mãos, de um juiz que julga conforme seu humor naquele momento, o que faz pensar se um provimento judicial é uma questão de sorte ou falta de sorte, pois conforme expõe:

A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma que provenha do legislativo<sup>448</sup>.

Dworkin aponta também para o fato de que o processo judicial não afeta somente as questões econômicas ou de liberdade, afeta a questão moral de uma sociedade quando condena um inocente ou deixa o Poder Judiciário de ouvir um queixoso com uma alegação bem fundamentada ou ainda quando cria um estigma a alguém sem que esse mereça.

Como se não bastasse, as decisões dos tribunais podem afetar toda uma sociedade ou parte dela. Dworkin<sup>449</sup> exemplifica a questão da segregação

---

446 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

447 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

448 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.

449 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 6.

racial nas escolas, causadora de uma revolução (proposições muito gerais); das indenizações de trabalhadores por acidentes causados por outro operário, que repercutiu em uma lei trabalhista (proposições menos gerais); e a decisão sobre quando, em que momento, divulgar arquivos confidenciais após aposentadoria do governo, que gerou uma Lei e afetou o comportamento governamental (proposições muito concretas)<sup>450</sup>.

Assim, para Dworkin é importante saber o modo como os juristas decidem as causas, e saber o que pensam sobre o que é Direito. E, quando divergem, de qual tipo de divergência se trata.

Dentro dessa busca, Dworkin informa que o processo judicial sempre vai apresentar três tipos de questões: fática, de direito e de moralidade (política e fidelidade). Nesse raciocínio, gira a atenção para a questão de direito, pois segundo ele, a primeira questão, ou questão de fato, é bastante direta<sup>451</sup>; a terceira questão, moralidade, não apresenta nenhum problema especial no tribunal, pois as pessoas divergem sobre o que é certo ou errado.

Logo, o problema, para Dworkin, está na “proposição jurídica”, onde juristas, juízes e pessoas em geral acham que tais proposições podem ser verdadeiras ou falsas, o que Dworkin chama de divergência empírica e divergência teórica.

Para Dworkin, o grande problema está na divergência teórica, sendo que os problemas judiciais seriam resolvidos mais facilmente se todos soubessem o que é o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito.

Abel vai resumir isso com as seguintes palavras:

Dworkin irá afirmar que, em larga escala, os filósofos do Direito adotam a teoria de que a divergência *teórica* seria tão somente uma ilusão. Ele batiza essa visão de *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito*. Em síntese, essa teoria pode ser resumida da seguinte forma: o Direito seria nada mais do que aquilo que os tribunais e legisladores decidiram no passado. Ele existiria como *simples fato*, e o que o *Direito é pouco ou nada* teria a ver com o que o

---

450 Situações apontadas como ocorridas nos estados Unidos da América e na Inglaterra.

451 Basta ver se houve o fato ou não houve.



Direito *deveria ser*. Assim, quando advogados e juízes parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o Direito, na verdade estariam apenas discutindo sobre o que o Direito *deveria ser*. Segundo este ponto de vista, os juristas divergem, portanto, sobre fidelidade às normas estabelecidas e moralidade – e não sobre Direito<sup>452</sup>.

Segundo Dworkin, a doutrina (falando dos Estados Unidos) não tem teoria acerca da divergência teórica do direito, como igualmente ocorre no Brasil, pois não existe clareza entre os teóricos sobre que tipo de divergência se trata<sup>453</sup>, então utilizam evasivas afirmando se tratar de ilusão a divergência teórica, e que juízes e advogados estão de acordo em relação aos fundamentos da Lei. Então Dworkin chamou isso de ponto de vista da simples questão de fatos do fundamento do direito.

Dizem os teóricos, segundo Dworkin<sup>454</sup> – e por ele criticados –, que o direito é fato histórico, decidido no passado por legislaturas, tribunais, câmaras municipais, por exemplo. O direito existe como simples fato. Assim, em sua crítica informa que se existe divergência, essa divergência se dá porque um dos lados estaria desobedecendo à Lei, já que é simples questão fática.

Segundo o autor, os leigos do direito acham que as Leis, em face às questões fáticas, ou seja, na resolução de seus problemas, estão providas de norma jurídica para tudo, ou todos os casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. Porém, o entendimento do leigo cai por terra na simples averiguação de que o direito é criado conforme as demandas da sociedade e não o contrário. Em outras palavras, a questão fática aparece antes da criação da Lei, que por sua vez é criada em função da situação fática, para futuras demandas idênticas. Isso leva o juiz a preencher lacunas, por meio do discernimento, criando nova norma.

Não se pode olvidar do fato de que, por meio da discricionariedade judicial, mesmo quando existe uma norma, o juiz legisla. Veja-se a determinação do Supremo Tribunal Federal que determina a prisão em segunda instância,

---

452 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 9.

453 Conforme texto anterior, trata-se de fidelidade às normas estabelecidas e moralidade.

454 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 16.

quando confirmada a condenação da primeira instância, contrariando a Constituição Federal de 1988, tratando-se de política disfarçada, atuando o judiciário fora de sua competência legal, legislando e administrando (legislativo e executivo).

Assim, Dworkin, através da apresentação de casos reais, vai tentar mostrar como a tese do simples fato distorce a prática jurídica, demonstrando que o positivismo deu margem à discricionariedade.

## **2 A realidade das decisões judiciais imprevisíveis no Brasil**

Após uma breve apresentação do Capítulo I da obra de Dworkin, “O império do Direito”, se faz necessário apresentar decisões diferentes sobre temas idênticos, demonstrando que existe divergência entre os próprios julgadores, já que com mais facilidade se observa e entende a divergência entre advogados e promotores, já que defendem interesses. Veja-se, pois.

Nos dois acórdãos que se seguem, ambos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a discussão se detém na obrigação ou não de uma seguradora pagar indenização por morte, quando se envolve embriaguez, motivo denominado pelas seguradoras como excludente de responsabilidade. Observa-se que em uma decisão, que determina o pagamento, é informado que para se excluir a responsabilidade de indenizar tem que haver a intenção do segurado de morrer, ou seja, vai além de muitos julgados que condicionam um nexo causal entre a causa da morte e o fato de ingerir álcool, em outras palavras, vai além da argumentação de que a ingestão de álcool não é excludente da responsabilidade por si só, deve haver a intenção do segurando em causar a própria morte. Por sua vez, no outro acórdão, é informado que o fato de existir álcool no organismo do segurado já é suficiente para se caracterizar a excludente de responsabilidade da seguradora. Talvez o juiz tenha chegado a esta conclusão porque o segurado ingeriu outras drogas também, como se lê no acórdão, fica a dúvida. Leia-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO ORDINÁRIA. COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. FALECIMENTO DO SEGURADO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA.

AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO-COMPROVADO. RECURSO PROVIDO. - “A simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal, como única forma razoável de explicar o evento, não se mostra, por si só, suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a consequente exoneração de pagamento da indenização prevista no contrato.” - “A culpa do segurado, para efeito de caracterizar desrespeito ao contrato, com prevaquecimento da cláusula liberatória da obrigação de indenizar prevista na apólice, exige a plena demonstração de intencional conduta do segurado para agravar o risco objeto do contrato”<sup>455</sup>.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - ESTADO DE EMBRIAGUEZ E USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - COMPROVAÇÃO - RELATÓRIO DE NECRÓPSIA - FATO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA - SENTENÇA MANTIDA. Restando comprovado nos autos o alto teor de bebida alcoólica no sangue do segurado, bem como o uso de substância entorpecente, configurada a excludente da responsabilidade indenizatória da seguradora, razão pela qual deve ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos<sup>456</sup>.

No mesmo sentido são as decisões referentes ao meio ambiente, contraditórias. Consequentemente, a justiça socioambiental permeia a ideia de acesso à jurisdição, que envolve a multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável e o restabelecimento da paz social por um processo justo, o que não é alcançado por precedentes conflitantes. Nesse sentido:

É importante perceber que do conceito de injustiça ambiental extrai-se que a justiça ambiental exprime certa resignificação do meio ambiente, de modo a ampliar igualmente a garantia de acesso à Justiça nas questões que envolvam o desenvolvimento econômico, político e social, e a dignidade da pessoa humana. A partir da Constituição Federal,

---

455 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.287849-1/001. Relator: Des.(a) José Flávio de Almeida. Data da publicação da súmula: 13/10/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, internet.

456 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.12.168144-9/001. Relator: Des.(a) Wanderley Paiva. Data da publicação da súmula: 27/08/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**.

de 1988, assegurar o acesso à Justiça de forma qualificada significa também direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, assegurando-se formas alternativas de resolução de conflitos ambientais, pois as ações judiciais que envolvem esses conflitos normalmente são complexas, e os processos tendem a se arrastar por anos, para, no fim, a decisão (sentença/acórdão que põe fim ao processo) não conseguir restabelecer a paz social. Os problemas são reiterados, a exemplo da ocupação irregular, na questão da moradia, além da falta de políticas públicas que permitam a fixação do homem no campo (política agrícola e agrária efetivas). A decisão judicial pode pôr um fim momentâneo, mas de forma quase imediata os problemas retomam o seu curso (às vezes na mesma localidade, às vezes em lugares próximos)<sup>457</sup>.

O que se pretende demonstrar é que no Poder Judiciário brasileiro existe uma enorme imprevisibilidade no que diz respeito às decisões judiciais, fato que acaba levando grande insegurança aos que precisam de seu provimento, assim como aos que estão impelidos a tê-lo, gerando assim afronta ao Estado Democrático de Direito. Torna-se evidente, devido a discursos de direitos humanos e criação de princípios, a utilização de opiniões pessoais, valores morais próprios sobre a vontade dos outros, vindo à tona a arbitrariedade dos julgadores que divergem entre si<sup>458</sup>.

Isso fica bem evidente no julgado que segue, desta vez do Juizado Especial de Consumo da comarca de Belo Horizonte. Nesse caso o Juiz determinou a extinção do feito fundamentando tal decisão na incompetência territorial, assim exposto:

EMENTA Vistos, etc. Dispensado o relatório, conforme o disposto no art. 38, da Lei nº 9.099/95. Compulsando os autos, verifica-se que os autores residem no endereço seguinte: Rua SEIS, 234, CASTELO

---

457 HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 32.

458 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. p. 305.

BRANCO I, JUATUBA - MG - BRASIL, 35675000. Desse modo, a competência para julgamento dessa ação é da comarca de MATEUS LEME - MG. Assim, de plano analiso, ex officio, os pressupostos processuais para o regular prosseguimento do feito, relativamente à competência territorial, na esteira do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de pedido atinente à relação de consumo, tem-se por consequência a incidência da normatização contida no CDC, em especial o princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. VIII), pelo qual é competente o foro do domicílio do consumidor para a demanda, conforme previsão expressa no disposto no art. 101, inc. I, do mesmo Código que, por ser regra especial, prevalece sobre a geral contida no art. 4º da Lei nº 9.099/95. Transitada esta decisão em julgado, remeter os autos ao arquivo, com baixa na Distribuição, observadas as formalidades de praxe. Cancele-se audiência de conciliação<sup>459</sup>.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) pretende, em nome dos direitos fundamentais, facilitar o acesso à jurisdição aos menos favorecidos, porém, no caso concreto quem garante que o melhor para o consumidor seria acionar o Poder Judiciário de sua comarca em vez do da comarca do réu, por trabalhar na comarca do réu, por exemplo. Isso sem apontar a questão política exposta na sentença, que informou que a demanda de consumidores de outras comarcas naquela comarca prejudicaria os consumidores da localidade, quando a CF/88 obriga a apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, protegendo todos da sociedade sem distinção de qualquer tipo.

As determinações afirmam que a competência territorial é absoluta, para proteção do hipossuficiente, mas não afirma que é inalienável, sendo certo que o consumidor pode abrir mão dessa prerrogativa se lhe for mais benéfico.

Certo é que não pode um juiz, enquanto órgão do Estado Democrático de Direito, fazer suas convicções pessoais<sup>460</sup> se sobressaírem em contrariedade

---

459 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 6ª Unidade Jurisdicional Cível. Processo: 9079710.79.2015.813.0024. Juiz: Napoleão Rocha Lage. Data da publicação: 10/11/2015. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, internet.

460 Pode o último caso ser considerado até interesse pessoal, com a intenção de diminuir a sobrecarga de trabalho.

ao que determina uma norma ou um direito de integridade, conforme afirma Dworkin<sup>461</sup>.

### 3 **Discricionariedade, solipsismos, arbitrariedade ante democrática**

Dentro deste apontamento, é possível até achar que as decisões proferidas no Brasil possam se adequar a atos solipsistas, o que significa dizer que só existem, efetivamente, o eu com as próprias sensações, sendo os outros, seres ou objetos, simples partícipes de uma única mente pensante, meras impressões sem existência própria, brinquedos que podem ser manipulados, descartados, incluídos, excluídos, ao bel prazer ou pensamento daquele que domina, daquele que tem a discricionariedade.

E a discricionariedade, conforme denunciou Dworkin, leva à arbitrariedade, o que sem dúvida é ato completamente divorciado de um Estado Democrático de Direito.

Importante verificar as fundamentações das decisões na busca de uma resposta mais coerente e adequada à CF/88, a qual abarca todo o arcabouço jurídico brasileiro, para o caso concreto, tratando-se de um dever do Estado Juiz decidir todos os casos, longe da discricionariedade, mas sim pela hermenêutica, de acordo com a coerência e a integridade, e nunca por razões de cunho político, social ou econômico, ou por cognições pessoais do julgador, criando princípios absurdos e incoerentes para levar a cabo sua pretensão particular, que inclusive, às vezes não passa de uma disputa orgulhosa para demonstrar que sabe mais que os outros, em conformidade com Webber<sup>462</sup>.

No mesmo sentido, Streck vai informar que “é dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os princípios fundamentais”<sup>463</sup>. Não há dúvida que as decisões judiciais, dentro de uma sociedade que não pode se valer

---

461 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

462 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. p. 307.

463 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

da autotutela, sob pena de responsabilização, é o último amparo do cidadão, da sociedade, que na maioria dos casos, além da resposta demorada, tardia, e por isso, ineficaz, não recebe a resposta adequada, não por ser tal resposta contrária a sua pretensão, mas por ser contrária a pensamento comum do que seja certo ou errado, simplesmente pela discricionariedade associada ao pensamento ou interesse de um.

A decisão judicial, que tem função de solucionar os atritos sociais, tem, por necessidade, que aplicar a resposta correta ao caso concreto, com base nas normas, nos princípios e regras constitucionais, correlacionados ao que existe no processo, no caso concreto.

Conforme aponta Abel, ao se referir ao fato de Dworkin criticar o positivismo e a discricionariedade e afirmar claramente que o positivismo é contraditório, ou permitir, sem solução, a discricionariedade:

Ocorre que, diante do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido por meio do neoconstitucionalismo do segundo pós-guerra, se faz necessária uma teoria da decisão que, superando o legado do positivismo jurídico, deslegitime atuações judiciais pautadas pela discricionariedade.

Em suas diferentes manifestações (inclusive aquelas que se apresentam como decorrentes da rejeição ao positivismo jurídico), a discricionariedade deve ser compreendida como uma prerrogativa simplesmente incompatível com o atual estágio da democracia brasileira, para que seja reafirmado o compromisso dos juízes e tribunais com a integridade do ordenamento jurídico, compreendido na forma de um sistema de regras e princípios<sup>464</sup>.

E continua:

Dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, combater o positivismo significa, essencialmente, combater a discricionariedade judicial. O que uma postura crítica (e

---

464 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 4.

comprometida com a democracia) deve querer é, precisamente, que sejam cumpridas as leis, e não o contrário<sup>465</sup>.

Dessa forma fica claro que para Dworkin, o Direito deve ser pautado em regras e princípios.

## 4 Normas, princípios e regras na visão dworkiniana

Uma questão muito importante, na teoria dworkiniana, é saber o que são princípios e regras. Certo é que princípios, para realização de tal teoria, não são o que se utiliza hoje nas decisões judiciais, havendo uma verdadeira confusão do que seja princípio verdadeiro e supostos princípios para se atingir objetivos, conforme informa Webber, para acusar a realização do principiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilidade, por tal motivo, da concretização de direitos fundamentais. Veja-se:

O processo decisório no Brasil, nos últimos anos, mormente após a Constituição da República de 1988, vem sendo dominado por um fenômeno um tanto quanto curioso, que, na maneira como vem se dando, não condiz com a forma democrática e compromissária da Constituição Brasileira: a proliferação desmedida de decisões judiciais baseadas em princípios. Tal fato abre espaço para uma discricionariedade arbitrária. Mas, afinal, o que é um princípio? Para responder a essa pergunta, deve-se começar pelo princípio. Isto é, dizendo que as conceituações e definições sobre o termo são, talvez, as mais vastas do campo jurídico. Partem desde definições vazias e sem sentido, como as que geralmente são encontradas nos manuais de Direito, passando por reproduções sem uma carga de sentido, quase sempre frutos de mixagens teóricas, até definições e caracterizações de jaez hermenêutico ou sociológico que efetivamente alcançam a complexidade vivenciada no atual paradigma. Essas definições hermenêuticas apontam um norte na discussão gerada por essa “produção” desenfreada de princípios, a qual

---

465 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 4.



vai desembocar necessariamente na arbitrariedade e no protagonismo judicial<sup>466</sup>.

É obvio que não se trata deste tipo de princípios que Dworkin se refere, existindo vários sentidos para o que seja princípio, dentro da doutrina Nacional. Vejamos alguns que começam a caminhar no sentido dworkiniano.

Para Toledo<sup>467</sup>, ao se referir ao princípio da legalidade, informa que “Fundase na ideia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado”, ou seja, fundados em um direito natural.

Baracho, ao cuidar do princípio de efetividade e norma constitucional, diz que:

No capítulo dedicado às fontes normativas, que examinam a natureza da norma jurídica e outras categorias de normas, seu conteúdo, as disposições, os destinatários, preceitos e sanções, surgem diversas explicações que levam à compreensão da efetividade.

A norma jurídica é uma regra que tem destinatário. Ela é organizativa quando dispõe da repartição de competência inerentes aos vários poderes que compõem a estrutura constitucional. Ela é destinada potencialmente também ao cidadão, destinatário efetivo em todas as ocasiões em que o mesmo comparece para concretização de seus direitos.

A doutrina tem mostrado algumas características da norma jurídica, ressaltando que a positividade indica que a norma é vigente e observada no que se refere aos interesses efetivamente relevantes pelo ordenamento jurídico. Indica-se que a previsão formal opera através da concretização do respectivo ordenamento, que deve expressar as aspirações da sociedade. A positividade pode coincidir com a efetividade aplicada nas relações sociais e jurídica. A coatividade da norma implica a sua aplicabilidade concreta<sup>468</sup>.

---

466 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. p. 307.

467 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

468 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 151.

Ainda dentro de algumas explicações, cita-se Kimura, ao se referir ao sistema jurídico:

A Constituição positiva é o fundamento último de validade das normas (dos elementos) que compõem o sistema jurídico. O sistema jurídico não comporta elementos que são relacionalmente inválidos. Em outras palavras, a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico. Esta particular condição normativa deflagra determinados aspectos que singularizam a teoria da interpretação constitucional, se confrontada com a teoria da interpretação das leis em geral. Face esta posição singular, a interpretação da Constituição deve levar em conta específicas regras hermenêuticas, sem se desvincular dos métodos e critérios tradicionais<sup>469</sup>.

Bastos vai apontar para a índole agregadora dos caracteres básicos. Leia-se:

Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurídicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico<sup>470</sup>.

Ocorre que Dworkin, como informa Abel<sup>471</sup>, “parte do conceito de proposições jurídicas, que vem a ser toda a afirmação ou alegação que uma pessoa pode fazer sobre aquilo que a lei lhe permite, proíbe ou autoriza”, para

---

469 KIMURA, Alexandre Issa. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 2014.

470 BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 11.

471 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 8.

se ter o que chama de divergência teórica e empírica<sup>472</sup>, e para se chegar a uma interpretação construtiva, com a utilização dos princípios, deve-se chegar à noção medular da filosofia jurídica do autor<sup>473</sup>.

Tratam-se então os princípios e regras de absoluta integridade no Direito ou o Direito como integridade.

## 5 O direito como integridade dentro de um Estado Democrático de Direito

Dworkin<sup>474</sup> vai dizer que o direito é argumentativo, que envolve o que ele chama de ponto de vista exterior e ponto de vista interior, sendo o primeiro das questões sociológicas e históricas e o segundo das reivindicações pessoais no momento presente. Assim, procura soluções práticas, debruçando-se sobre a natureza argumentativa da prática jurídica por meio de questões de acerto e verdade apresentadas na prática pelos participantes.

Abel afirma que: “a integridade dworkiniana, assim, é uma atitude que valora e dá sentido ao direito, não o tratando como mera retórica vazia em nome de interesses contrários, nem como sistema fechado de regras, como queriam os positivistas<sup>475</sup>”.

Nas palavras de Dworkin:

Temos dos princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional, mas não ainda. Neste

---

472 Crítica de Dworkin ao positivismo.

473 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 16: “não reserva este entendimento exclusivamente para o Direito [...]. Toda interpretação criativa (ou seja, de algo criado pelas pessoas como entidade distinta delas, como é o caso não só do direito mais também da arte) não é interpretação convencional, e sim construtiva”.

474 ABEL, Henrique. Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 38.

475 ABEL, Henrique. Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 22.

capítulo, sustento que o princípio legislativo faz parte de nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo. Avaliamos essa afirmação segundo as duas dimensões que agora nos são familiares. Perguntamos se o pressuposto de que a integridade é um ideal político distinto se adapta a nossa política, e, em segundo lugar, se honra nossa política. Se o princípio legislativo de integridade é poderoso nessas duas dimensões, então o argumento em favor do princípio jurisdicional e da concepção de direito que defende já terá começado bem<sup>476</sup>.

Logo, para Dworkin, o princípio da integridade é algo como moralidade, como uma pessoa íntegra, que se pauta a valores adequados ao contexto, garantindo a integridade de todo o sistema, de toda a sociedade em seu direito de resposta aos conflitos da vida, do cotidiano. Segundo Abel:

Podemos dizer, assim, que a integridade e a interpretação construtiva se situam num “meio termo” entre convencionalismo, de um lado, e o pragmatismo de outro. Aquele se preocupa em manter as diretrizes do passado, este é orientado pelos melhores resultados para o futuro. A integridade dworkiniana, por sua vez, é obtida através de um processo no qual o julgador se coloca como um elo da história do desenvolvimento dos entendimentos jurídicos. Cabe a ele preservar os elementos passados, mas adaptando-os para a realidade do caso no presente<sup>477</sup>.

Certo é que a atual forma como as decisões no Brasil vêm sendo tomadas está completamente divorciada de um Estado Democrático de Direito, pois, ao contrário do que muitos pensam, os Juízes não são os personagens principais do cenário jurídico, e sim responsáveis, como servidores públicos, por dar a melhor solução aos conflitos da sociedade, deixando de fora suas questões pessoais, devendo basear-se em regras e princípios verdadeiros para atingir uma resposta ideal.

---

476 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 213.

477 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 18.

## Considerações finais

Observa-se que o que se pretende, nestas singelas linhas, é fazer um apanhado do que é a realidade do Poder Judiciário hoje no Brasil, principalmente no que diz respeito a sua imprevisibilidade, exaurida através das provisões finais, com decisões contraditórias em casos idênticos, afastando-se, sem dúvida, dos parâmetros fixados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se fazendo necessário, por tal motivo, a fundamentação detalhada da sentença, para que se tenha um mínimo de segurança jurídica. Não existe uma sociedade sólida sem segurança jurídica, não existe meio ambiente adequado sem decisões sólidas e coerentes.

A inobservância dos parâmetros que norteiam o Estado Democrático de Direito, por mais nobres que possam parecer as justificativas para fazê-lo, pode levar a tipos de regimes indesejáveis. Para se chegar a esta conclusão, basta a observância da própria história da humanidade, pois tanto Hitler como Fidel Castro, sendo que os casos não se resumem a esses dois, tinham como discurso a libertação, a igualdade, entre outros argumentos que *a priori* são desejáveis. Não pode uma sociedade olvidar da história e cair em promessas ou aparências idênticas sob pena de se perder a liberdade e a democracia.

Hoje muito se discute sobre direitos humanos, direitos fundamentais, igualdade, proteção ambiental<sup>478</sup>. Contudo, pouco se sabe o que realmente são tais direitos, para se chegar a tal conclusão basta olhar para a inaplicabilidade dos direitos elencados acima e devidamente positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Muito disto está relacionado à discricionariedade das decisões judiciais no Brasil, na contramão dos pensamentos dworkinianos e de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Viu-se que para Dworkin, no que toca suas críticas ao positivismo, a discricionariedade é responsável pelo decisionismo e arbitrariedade nas decisões, o que ficou claro existir no Brasil através das decisões paradigmas apresentadas.

---

478 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016, p. 18-21.

Em outras palavras, bem diretas, a CR/1988 tem que ser respeitada, mesmo não sendo perfeita, para que se possa garantir a democracia, cumprindo a cada ente e órgão a sua prerrogativa pré-estabelecida naquele diploma.

É inadmissível a utilização de órgão tão importante para sociedade como é o Poder Judiciário, capaz de transformar os hábitos de uma sociedade, de criar padrões, de estigmatizar pessoas, de levar pessoas à ruína, de modo irresponsável e comprometendo os que estão sob seu julgo.

Valores pessoais, orgulhos e sede por poder devem ter um basta. Deve-se buscar a aplicabilidade do Direito, como realmente deve ser, por meio da utilização das regras e princípios como reguladores da discricionariedade, como sugere Dworkin, passando a ter o Brasil, quem sabe, um Direito íntegro.

Assim, fundamental o respeito à CR/1988 e o respeito a todos da sociedade que se encontram sob sua guarda, doa a quem doer.

## Referências

ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 29-40. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

KIMURA, Alexandre Issa. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. Disponível em: [http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499\\_arquivo.pdf](http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499_arquivo.pdf). Acesso em: 06 nov. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.287849-1/001. Relator: Des.(a) José Flávio de Almeida. Data da publicação da súmula: 13/10/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 20 maio 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.12.168144-9/001. Relator: Des.(a) Wanderley Paiva. Data da publicação da súmula: 27/08/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 20 maio 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 6ª Unidade Jurisdicional Cível. Processo: 9079710.79.2015.813.0024. Juiz: Napoleão Rocha Lage. Data da publicação: 10/11/2015. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 20 maio 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal, legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos

fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/368>. Acesso em: 24 ago. 2017.



# **Os Direitos Humanos Fundamentais da Mulher e as perspectivas de direitos do embrião**

The fundamental human rights of women and the prospects  
of embryo rights

## **Dalvaney Aparecida de Araújo**

Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG, Brasil. Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito pela PUC/MG. Servidora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

E-mail: [dalvaneyx@gmail.com](mailto:dalvaneyx@gmail.com)

## **Érica Patrícia Moreira de Freitas Andrade**

Mestre em Língua Portuguesa pela PUC Minas. Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Educação a distância pela FAEL/EDUCON. Especialista em Metodologia da Linguagem pela FAEL/EDUCON. Especialista em Revisão de textos pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Graduada em Letras pela PUC Minas

Betim. Advogada. E-mail: [ericapatriciamf@gmail.com](mailto:ericapatriciamf@gmail.com)

## **Fabício Veiga Costa**

Doutor em Direito Processual pela PUC/MG. Pós-Doutor em Educação pela UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

E-mail: [fvcufu@uol.com.br](mailto:fvcufu@uol.com.br)

**Resumo:** A reprodução humana possui um cunho essencialmente religioso e alcança uma proporção cósmica na discussão de dois direitos antagônicos: o direito reprodutivo e sexual da mulher *versus* o direito à vida do embrião. Trata-se de uma colisão de direitos fundamentais que demanda uma solução coletiva de caráter político, devendo-se tratar os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos a serem concretizados como políticas públicas estatais. Nesse contexto, por meio de uma pesquisa bibliográfica, de cunho dedutivo, pretende-se abordar o tema, verificando se a legislação brasileira atual atende aos preceitos fundamentais constitucionais do direito à mulher e, ao mesmo tempo, resguarda o direito do nascituro, com o sistema repressivo que adota.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Embrião. Aborto. Políticas públicas. Direitos sexuais e reprodutivos.

**Abstract:** Human reproduction has an essentially religious nature and reach a cosmic proportion in the discussion of two antagonistic rights reproductive and sexual rights of women versus the right to life of the embryo. It is a collision of fundamental rights which demand a collective solution of political character, and deal with the sexual and reproductive rights as human rights to be implemented as a State policy. In this context, through a bibliographical research, deductive oriented intends to address the issue by checking if the current brazilian legislation meets the fundamental constitutional principles of the right to the woman and, at the same time, safeguards the right of the unborn child, with the repressive system that adopts.

**Keywords:** Human rights Embryo. Abortion; Public policies. Sexual and reproductive rights.

## Introdução

O objetivo do presente estudo consiste em investigar juridicamente as relações de gênero a partir da perspectiva dos direitos humanos fundamentais da mulher e dos direitos do embrião, com a finalidade de contextualizar o tema aborto enquanto política pública para, então, em um contexto analítico e crítico, ponderar sobre a reprodução humana numa perspectiva de autonomia privada da mulher.

A controvérsia pública sobre o aborto advém de anos e, quanto mais o Estado encontra-se arraigado aos parâmetros religiosos, mais esse assunto representa um “tabu” e não pode ser objeto de legislação. Embora a Constituição Federal explicita que o país é laico, a base religiosa do povo brasileiro assenta-se, em sua maioria, no cristianismo, que considera o aborto como um crime cruel. Nessa concepção religiosa de crime, conseqüentemente, a mulher que o realiza, ainda que nos parâmetros legais, pratica uma conduta moralmente errada.

Como reflexo, a discussão nem chega ao plenário do Congresso Nacional, o que resulta numa violação de direitos fundamentais da mulher. Isso porque esses defensores observam tão somente os direitos do embrião, esquecendo-se dos direitos da mulher, pautados na sua autonomia privada, seu planejamento familiar, em seus direitos reprodutivos e sexuais e, também, em seu direito à igualdade de gênero.

Essas situações antagônicas acerca do direito do embrião e dos direitos da mulher assumem caráter passional, tratando-se de assunto de extrema relevância. Nesse contexto, o debate acerca desses direitos torna-se medida urgente, de modo a resguardar direitos fundamentais da mulher já efetivados.

Isso porque, embora o aborto seja proibido no país, ele constitui uma realidade prática. E, realizado clandestinamente, o índice de morte de mulheres é extremamente alto, e o maior número de vítimas são mulheres carentes. Daí ser necessária a discussão acerca da descriminalização dessa prática e de eventuais medidas de políticas públicas para torná-la como *ultima ratio*.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, foi possível construir análises temáticas, teóricas, comparativas e críticas do tema direitos humanos fundamentais da mulher e as perspectivas de direito do embrião, delimitando-se o objeto da pesquisa na utilização do método dedutivo, partindo-se de uma visão macroanalítica (direitos humanos fundamentais da mulher) em direção a uma análise micro (direitos reprodutivos da mulher, sua autonomia privada e as perspectivas de direito do embrião).

Nesse contexto, o presente estudo visa analisar se prevalecerão os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, que já é detentora de direitos, ou a perspectiva de direito do embrião. O objetivo é evidenciar que a mulher deve

ter resguardados os seus direitos reprodutivos e sexuais, devendo-se, pois, haver a descriminalização da prática do aborto.

Para tanto, inicia-se a análise dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Depois, contextualiza-se o aborto na perspectiva constitucional e penal no ordenamento jurídico brasileiro para então tratar dos direitos do nascituro e da violação dos direitos da mulher. Posteriormente, discutir-se-á o princípio da proporcionalidade como mecanismo para salvaguardar os direitos da mulher.

## 1 Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos

Os direitos humanos, enquanto reivindicações morais, refletem uma construção histórica de consolidação de direitos a partir de lutas e ações sociais com o fim de se garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, eles vão se consolidando paulatinamente por meio das premissas sociais de um determinado povo.

Essa tendência internacional de proteção da dignidade da pessoa humana “(...) parece ser o reflexo de um conjunto de novos valores em que a proteção do ser humano possui um papel central”<sup>479</sup>. É que os direitos do homem, por serem indivisíveis, implicam no usufruto da liberdade e igualdade de gênero, no reconhecimento pleno dos direitos individuais e sociais. Logo, os direitos sexuais e reprodutivos do homem e da mulher devem ser tratados de forma equânime, garantindo-se a satisfação desses direitos humanos sob a perspectiva de laicidade do Estado.

Esse processo de discussão da interrupção da gravidez ser analisado sob a esfera de proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher iniciou-se, de forma bem progressiva, após a década de 1960, quando a

---

479 BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A Dignidade Humana como Limite ao Poder Constituinte Originário. In: MIRANDA, Jorge Miranda, GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3. Tomo II. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. 2015. p. 297. 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: 07 jul. 2017.

emancipação das mulheres começou a ocorrer de fato e a laicização dos Estados tornava-se concreta.

No caso dos direitos sexuais e reprodutivos, observa-se que o seu reconhecimento como direito fundamental e humano advém de um processo histórico de avanços e retrocessos. Iniciou-se com a luta das mulheres por outros direitos e ganhou espaço nos movimentos feministas, o que repercutiu mundialmente com Congressos e Seminários Internacionais e, por consequência, foram objetos de Convenções e Tratados Internacionais, dos quais muitos países tornaram-se signatários.

Foram diversos textos que contribuíram para a proteção sexual e reprodutiva da mulher, dentre eles, destacam-se: Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ocorrida em 1965; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 1966; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966; I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na Cidade do México em 1975; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1979; II Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Copenhague, em 1980, utilizando a afirmação de “direitos sexuais reprodutivos”; Convenção Internacional contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, Desumanos ou Degradantes em 1984; III Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Nairóbi, Quênia, em 1985; Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizado em Cairo no Egito em 1994; IV Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Pequim na China.

Mas foi na Conferência de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, que 184 (cento e oitenta e quatro) Estados reconheceram os direitos sexuais reprodutivos como direitos humanos. Examinou-se que a compreensão desses ditos direitos abarca duas vertentes diversas e complementares: a liberdade e autodeterminação individual de um lado e, de outro, o efetivo exercício desses direitos demandarem políticas públicas<sup>480</sup>.

A primeira situação implica no livre exercício da sexualidade e da reprodução humana sem discriminação de gêneros ou sanção. Nesse sentido,

---

480 PLATAFORMA DA CONFERÊNCIA DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

homens e mulheres decidirão quando e se querem reproduzir-se. Trata-se de uma liberdade individual da pessoa humana, de sua autonomia privada, não sendo passível de interferência estatal nessa esfera. E a implementação de políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva da mulher devem ocorrer sob a perspectiva de direitos ao acesso de informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis que garantam a satisfação plena da saúde, tanto sob o aspecto de proteção contra enfermidades, quanto no aspecto de desfrute da vida sexual segura e satisfatória com reprodução mediante desejo de ambas as partes<sup>481</sup>.

Assim, a Conferência do Cairo evidenciou esse novo paradigma sobre os direitos da mulher, que devem centrar-se no reconhecimento da liberdade de autodeterminação para um planejamento familiar pautado na autonomia privada. Mantendo-se essa mensagem, na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em Beijing, em 1995, estabeleceu-se que as mulheres possuem o direito individual de decidir sobre a maternidade, de modo que esse direito seja analisado como saúde pública e não sob a perspectiva criminal<sup>482</sup>. Além desse instrumento, a legislação começa a se emancipar e a dar sinais de maiores garantias a essa autonomia da mulher.

## **2 O aborto na perspectiva constitucional e penal no direito brasileiro**

O aborto ocorre quando, por algum motivo, há a interrupção da vida intrauterina antes de seu termo normal, podendo ser espontânea ou provocada. A legislação brasileira não faz distinção entre óvulo fecundado, embrião e feto. Trata-se de uma prática constantemente empregada ao longo da história humana.

No Direito Romano, considerava-se um crime praticado pela mulher, “o ser humano em vida intra-uterina era tido como uma porção do corpo da

---

481 PLATAFORMA DA CONFERÊNCIA DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

482 PLATAFORMA DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 31 mar. 2017.

mulher ou parte de suas vísceras (*mulieris pars vel viscerum*)<sup>483</sup>. A Igreja Católica sempre firmou posição contrária ao aborto em todas as suas espécies por meio das encíclicas papais, tratando a conduta abortiva como o maior dos pecados, um crime inconcebível.

O Brasil sempre manteve esse posicionamento de criminalização do aborto, desde o Império, nos exatos termos explicitados pela Igreja, que era a religião da época. De igual forma, o Código Penal Brasileiro, de 1940, inspirado nos precedentes do Código Penal Italiano, incluiu o aborto no Capítulo dos Crimes Contra a Vida, criminalizando a conduta em todas as hipóteses, apenas afastando a punibilidade do aborto necessário – se não há outro meio de salvar a vida da gestante – e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, desde que precedido do consentimento da gestante ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal.

Observa-se que a criminalização do aborto, ao invés de retroceder ao longo dos anos, expandiu-se desde os tempos do império. Um avanço na perspectiva dos direitos fundamentais operou-se no Brasil com a Constituição Federal de 1988. O texto garantista, apesar do persistente déficit de efetividade constitucional em determinadas questões, sobretudo na justiça social, promove direitos fundamentais (incorporando direitos individuais, políticos, sociais e difusos) atribuindo a eles aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88) e proteção diante do próprio poder constituinte derivado (artigo 60, §4º, CF/88).

Nessa perspectiva, embora nosso Código Penal padeça dos resquícios de governos autocráticos (Estado Novo e Regime Militar), o texto constitucional estabelece parâmetros principiológicos para delinear os entornos do direito da mulher à interrupção voluntária de gravidez. Decerto que as convicções religiosas ou metafísicas particulares têm inviabilizado a efetivação desse direito, uma vez que decisões adotadas pelo Estado se justificam por razões ideológicas advindas da religião e não por razões de ordem pública. De qualquer modo, na sociedade pluralista brasileira há credos e razões de toda ordem, de modo que não se pode permitir que essa diversidade torne o conflito entre os direitos reprodutivos e sexuais da mulher e os do nascituro insustentáveis, salvaguardando somente este último.

---

483 ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes Contra a Vida**. Belém do Pará: Unama, 1999. p. 56.

Portanto, a descriminalização do aborto no Brasil deve vir em virtude do reconhecimento da própria laicidade do Estado. Não se pode um país democrático ater-se a fatores religiosos de forma exacerbada não implementando políticas públicas necessárias para salvaguardar os direitos das mulheres, evitando-se mortes prematuras.

### 3 Concepções acerca do direito do nascituro

A proteção jurídica da vida humana intrauterina deve partir de uma concepção jurídica, científica, num contexto laicidade e não sob pré-compreensões religiosas. A Constituição brasileira protege a vida do nascituro, mas não com a mesma intensidade substancial que o faz para o indivíduo já nascido.

A proteção basear-se-á, na compreensão de Sarmiento<sup>484</sup>, a partir do tempo de gestação, de modo que o embrião terá uma proteção na medida de seu desenvolvimento. Assim:

O tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal. Aliás, a ideia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto - 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal) -, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código).

Isso se deve ao fato de que somente após o segundo trimestre da gestação é que se pode falar da formação do córtex cerebral, de modo que o feto não

---

484 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.



apresenta capacidade de sentir ou pensar. Desse modo, afirma-se que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa<sup>485</sup>.

Dworkin<sup>486</sup> afirma que a essencialidade na discussão do aborto não reside na personalidade do feto e, sim, na objeção derivativa e na objeção independente. A primeira sustenta que o embrião, desde a sua concepção, já se tornou sujeito de direitos, dentre eles a vida. Já a segunda aduz que a vida humana é sagrada desde o princípio, uma vez que possui valor intrínseco e inato, ainda que o feto não possua direitos próprios.

Na visão do autor, a controvérsia acerca do aborto instaura-se nesse caráter de sacralidade e não em eventuais direitos do feto. Assim, o debate encontra-se na objeção independente, a qual apresenta duas posições que sustentam ser a vida humana “sagrada”. Uma posição argumenta que a vida é sagrada em razão do investimento biológico nela realizado, sendo esse o posicionamento dos conservadores e religiosos. A outra posição advém dos liberais que atribuem um peso superior ao investimento humano feito na vida por meio das decisões individuais. Nesse contexto, obrigar a mulher a ter um filho violaria a sua sacralidade, já que seus planos restar-se-iam frustrados<sup>487</sup>.

Logo, a visão dos defensores do direito ao aborto pautar-se-ia numa concepção diversa sobre o que tornaria a vida humana sagrada. Eles valorizam mais o investimento humano e criativo do que o investimento natural. Esse *per se*, não representa uma pessoa de fato, vem de uma vida humana, mas não da pessoa humana. Assim, o nascituro possui direitos, mas não na mesma dimensão atribuída à pessoa humana, no caso a mulher. Nesse sentido, Canotilho e Moreira<sup>488</sup> sustentam

---

485 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 32.

486 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 1-63.

487 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 1-63.

488 CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. I. Coimbra: Almedina, 1985. p. 175.

É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida –designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina”.

Observa-se que esse posicionamento é justamente o imperado na maioria dos países desenvolvidos, como Estados Unidos, Portugal, Espanha. Nos Estados Unidos, desde o caso *Planned Parenthood v. Casey*, em 1992, houve uma flexibilização quanto aos critérios trimestrais da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao terceiro semestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extrauterina. Esclareça-se que a temática acerca do aborto não está diretamente regulada na Constituição Americana, mas em precedentes da Suprema Corte<sup>489</sup>.

Na Espanha, em fevereiro de 2010, o Senado Federal espanhol, numa votação acirrada, aprovou nova lei acerca do aborto. Em meios a polémicas, passou a vigorar a nova regra, de modo que as mulheres maiores de 16 passaram a ter o direito de interrupção voluntária da gravidez, de forma livre, caso estejam até na 14<sup>a</sup> semana de gravidez. Estende-se esse prazo até a 22<sup>a</sup> semana, na hipótese de risco de vida ou à saúde ou sérias anomalias no feto (sendo atestado por dois médicos especialistas)<sup>490</sup>.

---

489 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 8-11.

490 NOVA LEI do aborto entra em vigor na Espanha com grande polémica. **Jornal Estadão**, 05 Julho 2010 | 14h22 Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-do-aborto-entra-em-vigor-na-espanha-com-grande-polemica,576643>. Acesso em: 01 abr. 2017.

Essa posição intermediária adotada pelos Estados Unidos, Espanha e outros países, remetem às posições e argumentações sustentadas pelo Ministro Barroso no HC 124.306<sup>491</sup>. Nesse julgado, sustentou o jurista que:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Portanto, essa argumentação que reconhece a tutela constitucional da vida intrauterina, mas atribui a ela uma proteção menor do que a concedida

---

491 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124.306 RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

à pessoa humana, demonstra-se como razoável para salvaguardar os direitos reprodutivos e a autonomia privada da mulher.

## 4 Violação aos direitos humanos fundamentais da mulher

Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica respeito de autodeterminação do ser humano para tomar as decisões fundamentais de suas vidas a partir de suas próprias concepções, sem a interferência do Estado. Enquanto ser de direitos, cabe ao indivíduo estabelecer o que é bom ou ruim para si e a partir destas pré-compreensões realizar suas escolhas existenciais.

Nesse contexto de preservação da dignidade humana, não pode o Estado impor às mulheres regras atinentes a seu próprio corpo, sendo injustificável esse controle discriminatório sobre o corpo feminino, sua sexualidade e seus direitos de reprodução. Afrontam-se os direitos fundamentais da mulher tanto na perspectiva nacional quanto internacional.

A esse respeito, sustenta Dworkin<sup>492</sup>

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas. (...) Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independentemente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte.

---

492 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 143.

O momento da gravidez repercute num momento especial da vida mulher e trará reflexos sobre toda a sua vida. Se, por um lado, pode resultar numa felicidade extrema, em um novo significado à vida, por outro, pode arruinar a vida da mulher e inviabilizar todo o seu projeto de vida. É no corpo feminino que os fetos são gerados, daí a discussão acerca da autonomia reprodutiva feminina.

Os direitos reprodutivos ou sexuais foram alçados recentemente ao *status* de direitos humanos, mais precisamente na década de 1990, na Conferência do Cairo em 1994 e de Beijing em 1995. Tais direitos retratam a liberdade de que homens e mulheres possuem acerca do desejo de se reproduzir ou não. Trata-se de autodeterminação individual quanto ao livre exercício da sexualidade e da capacidade reprodutiva do indivíduo, sem qualquer ingerência do Estado.

como na esfera internacional. A redação do parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher<sup>493</sup> afirma o direito humano de “decidir livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaço a mediar entre os nascimentos e o intervalo entre eles”, bem como o de “adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência”.

Tais direitos relacionam-se diretamente com o direito à saúde. Segundo Piovesan e Pirola<sup>494</sup>, os direitos reprodutivos se relacionam diretamente com “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde”.

Essa prestação positiva por parte do Estado no tocante ao direito à saúde implica em seu dever de prestar atendimento às mulheres que se submeteram ao aborto clandestino. É que a política criminal não tem sido eficaz no sentido da prevenção do aborto e proteção do feto, sendo realizados diversos abortos com exposição a riscos graves e desnecessários de várias mulheres, especialmente às pertencentes à classe mais pobre.

Embora não existam dados oficiais sobre o aborto, há dados extraoficiais que comprovam o número de abortos realizados no Brasil entre 1992 e 2002:

---

493 PLATAFORMA DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf). Acesso em 31 mar. 2017.

494 PIOVESAN, Flávia; PIROLA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 167-168.

705.600 e 1.008.000<sup>495</sup>. De acordo com o Ministério da Saúde, o número de óbitos provocados por complicações decorrentes de abortos no país, entre 1999 e 2002, foi 518<sup>496</sup>.

A descriminalização do aborto poderia evitar essas mortes. Na verdade, se o aborto fosse considerado como problema de saúde pública, tal como recomendado nas Conferências, essa questão teria uma solução mais equânime. Nesse contexto, o poder individual da mulher decidir sobre seu próprio corpo expressa a sua autodeterminação como pessoa, um direito legítimo de privacidade que o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Caso haja essa interferência, pode haver um dano à integridade física e psíquica da mulher. A integridade física refere-se aos fatos das mudanças que o corpo feminino irá sofrer em virtude da gestação e a integridade psíquica advém da assunção de uma obrigação para toda a vida que implica renúncia e dedicação para com outro ser.

Vislumbra-se que a descriminalização também respeitaria a igualdade de gêneros, haja vista a histórica posição de subordinação das mulheres e a promoção de visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Na verdade, a não descriminalização não se operou por tratar-se de um direito feminino. Se fosse um direito do sexo masculino, considerando a representatividade no Congresso e os estereótipos da sociedade, tratar-se-ia de um direito adquirido.

## **5 O princípio da proporcionalidade como mecanismo de salvaguardar o direito das mulheres**

A teoria da proporcionalidade pressupõe uma ponderação dos interesses opostos para a resolução do conflito. Nesta ponderação o que se trata é qual dos interesses, abstratamente no mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.

---

495 Cf. REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. 48p. Disponível em: <http://www.redesindical.com.br/abenfo/arqs/manuais/081.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

496 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31-33.

Esta teoria permite que se proceda a uma escolha entre os bens constitucionalmente relevantes postos em confronto, de forma a se aplicar uma tutela mais adequada a um dos direitos em risco e menos gravosa ao outro. Tal princípio, além de aferir validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

No caso do aborto, o princípio da proporcionalidade funcionará como veículo regulador do conflito entre direitos da mulher e direitos do feto. Nesse caso, a tipificação penal somente se justificará se:

(i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>497</sup>.

Em relação à adequação, é preciso analisar em que medida a criminalização protege a vida do feto. Contudo, não se trata de uma medida adequada, considerando que, nos países cujo procedimento é ilegal, a taxa é a mesma dos países que é legal. Logo, a medida criminalizatória não se demonstra como adequada aos direitos das mulheres e, tampouco, tutela a vida do feto, vez que não impede a interrupção da gestação na prática.

No tocante à necessidade, observa-se que a criminalização do aborto não constitui meio alternativo que proteja igualmente o direito à vida do nascituro e que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Assim, há outros meios menos gravosos como a interrupção no primeiro trimestre da gestação ilegal<sup>498</sup>.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, torna-se necessário avaliar as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da

---

497 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

498 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

criminalização e de uma eventual compensação na proteção à vida do feto. A penalização do aborto não constitui uma medida assecuratória de proteção ao nascituro, uma vez que a tipificação não impede a prática. Ademais, deve-se analisar os parâmetros de direitos do feto de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação.

E, por outro lado, a não descriminalização só fere os direitos fundamentais das mulheres, mais especificamente seus direitos sexuais e reprodutivos, sua autonomia privada, sua integridade psíquica e física, sua saúde e ainda promove uma desigualdade de gênero e impacto desproporcional às mulheres de baixo estrato social.

## **Considerações finais**

O aborto representa um dos temas contemporâneos mais calorosos e complexos debatidos na sociedade. O assunto remete a crenças e valores religiosos e concepções morais que se encontram arraigadas no âmago da população, que, por sua vez, não consegue vislumbrar a dimensão que a não descriminalização do aborto gera.

Decerto que a interrupção da gravidez está intrinsecamente relacionada aos direitos sexuais reprodutivos femininos, cabendo ao Estado brasileiro a criação, implementação e garantia de condições para que as mulheres tenham tais direitos respeitados. Isso porque eles foram reconhecidos pela comunidade internacional como autênticos direitos humanos.

Desde a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, a do Cairo e Beijing, na década de 1990 e as demais conferências internacionais, vários documentos foram produzidos e ratificados e alguns países cumpriram os acordos internacionais legalizando o aborto, especialmente os países desenvolvidos como EUA, França, Portugal, Espanha.

No Brasil, não tivemos avanços em virtude de razões históricas, políticas, de cunho moral e religioso que travam o debate, impedindo-se o prosseguimento da discussão no Congresso Nacional. No âmbito jurídico, as decisões do Supremo têm garantido o exercício do direito ao aborto, como no caso dos anencéfalos e a decisão de voto-vista do Ministro Barroso no HC



124.306, entendendo que a interrupção da gravidez pode ocorrer no primeiro trimestre da gestação.

Essa argumentação do Ministro relaciona-se diretamente com o posicionamento adotado em diversos países. Não se trata de não garantir o direito do nascituro. Ele tem proteção constitucional assim como os direitos fundamentais à saúde, à privacidade, à autonomia reprodutiva e à igualdade da mulher, mas não na mesma dimensão. Ambos são juridicamente relevantes e devem ser protegidos. Contudo, o Código Penal de 1940 não resguarda ambos os bens jurídicos de forma adequada, na medida em que não confere proteção a nenhum dos referidos direitos fundamentais da gestante.

Ao revés, o texto constitucional os resguarda por meio de princípios expressos ou implícitos, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, poderia se aduzir que o aborto perdeu seu caráter ilícito, tanto nos casos permissivos, quanto naqueles não elencados no estatuto penal brasileiro. É que a questão deixou de ser criminal, tornando-se uma medida de cunho social, uma política pública a ser implementada.

Desse modo, a solução apresentada pelo ministro do STF de realização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação, tal qual as medidas adotadas por países europeus e norte-americanos, representa um mecanismo para resguardar os direitos fundamentais das mulheres e, ao mesmo tempo, implicar na adoção de uma política pública estatal que as protegerá do risco, considerando a não realização do aborto clandestino.

Mas não basta somente a descriminalização do aborto, faz-se necessário também a criação de estruturas públicas extrapenais que viabilizem educação sexual e planejamento familiar para se evitar a banalização da prática do aborto. Já que a interrupção voluntária da gravidez constitui uma medida extrema de *ultima ratio*, haja vista suas implicações: não nascimento do feto e tristeza extrema das mulheres.

Nessa perspectiva, observa-se que o sistema repressivo em vigor no país não atende aos preceitos fundamentais constitucionais do direito à mulher, ao mesmo tempo em que não resguarda o direito do nascituro – considerando o número de abortos clandestinos –, evidenciando a necessidade de reforma da lei penal para se garantir a efetividade desses direitos e mortes e traumas desnecessários.

## Referências

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes Contra a Vida**. Belém do Pará: Unama, 1999.

BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A Dignidade Humana como Limite ao Poder Constituinte Originário. *In*: MIRANDA, Jorge Miranda, GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3, Tomo II. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. 2015. p. 289-312. 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: 07 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL, **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 01 de abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. I, Coimbra: Almedina, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio**, Reguladora de reforma del artículo 417 del Código Penal, nºm. 166, de 12 de julio de 1985. Disponível em: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espa/lo\\_009\\_1985.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_009_1985.pdf). Acesso em: 01 abr. 2017.

NOVA LEI do aborto entra em vigor na Espanha com grande polêmica. **Jornal Estadão**, 05 Julho 2010 | 14h22 Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-do-aborto-entra-em-vigor-na-espanha-com-grande-polemica,576643>. Acesso em: 01 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia; PIROTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.166-180.

PLATAFORMA DA CONFERÊNCIA DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

PLATAFORMA DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf). Acesso em: 31 mar. 2017.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto**: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. 48p. Disponível em: <http://www.redesindical.com.br/abenfo/arqs/manuais/081.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia Piovesan (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 03-51.



# **O princípio da precaução e a “pílula do câncer”: uma análise interpretativa**

The precautionary principle and the “cancerpill”: an interpretive analysis

## **Leonardo Paiva de Mesquita**

Mestre em Direito Ambiental (Escola Superior Dom Helder Câmara/ESDHC). Advogado. E-mail: leomesq@hotmail.com

## **Lorena Machado Rogedo Bastianetto**

Professora da Universidade Salgado de Oliveira/BH. Doutoranda em Direito Processual pela PUC/MG. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisadora em Regulação Ambiental da Atividade Econômica (REGA) e em Pesquisa Estratégica sobre a Pan-Amazônia pela ESDHC.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; advogada.

E-mail: lorenarogedobastianetto@hotmail.com

**Resumo:** O presente artigo aborda o surgimento do princípio da precaução no contexto de incertezas e avanço da degradação ambiental. Em seguida, estuda sua utilização no Direito comparado e no Direito brasileiro, no qual a promulgação do uso da substância fosfoetanolamina representou uma oportunidade para que o princípio fosse aplicado pelo Estado. Por fim, concluiu-se pela necessidade de investigação dos vários argumentos de ordem econômica e social para, em prol da mitigação dos riscos e do sofrimento humano, resguardar a proteção ao meio ambiente.

**Palavras-chave:** Incerteza científica. Princípio da precaução. “Pílula do câncer”. Processo Constitucional. Risco ambiental.

**Abstract:** This article analyzes the emergence of the precautionary principle in the context of uncertainty and advancement of environmental degradation. Then, it is studied its usage in comparative law and in Brazilian juridical system, where the enactment of the Law liberating phosphoethanolamine represented an opportunity to apply the precautionary principle. Finally, it is reached the need to investigate a number of economic and social arguments in order to mitigate risks and human suffering, safeguarding the protection of the environment.

**Keywords:** Scientific uncertainty. Precautionary principle. “Cancerpill”. Constitutional Process. Environmental risk.

## Introdução

Estruturas tribais e grupais da Antiguidade constituem-se, atualmente, em sociedades complexas. Essas organizações iniciais, no entanto, foram essenciais, ao longo dos séculos, na luta contra a fome, doenças e desastres naturais em prol de proteção, acumulação de riqueza e modernização.

Com o advento da Revolução Industrial, inaugurou-se a era da mecanização, e o crescente avanço tecnológico trouxe, como era de se esperar, consequências, as quais não receberam investigação própria em virtude da aparente prosperidade econômica.

Nesse contexto, Ulrich Beck descreve a sociedade do século XIX desenvolvendo uma oposição com a natureza, haja vista que a intenção

primacial da comunidade global era dominá-la. Ocorre que, ao final do século XX, o meio ambiente já se encontrava muito explorado e subjugado<sup>499</sup>.

## 1 Da “sociedade de risco” e do princípio da precaução

Os países que buscaram o desenvolvimento por meio da concepção que norteou a Revolução Industrial com a substituição do trabalho artesanal por máquinas e operários assalariados, mercantilizando todas as trocas, inclusive a de pessoas, numa superexploração da mão de obra operária, experimentaram a abundância material. Todavia, o questionamento que se faz necessário na “pós-modernidade” funda-se na pauperização da civilização, a qual romperá com a modernidade adquirindo novo formato, chamada de “sociedade (industrial) de risco”. Nessa sociedade, é impossível compreender o ambiente ao redor, seja em suas composições, seus materiais, elementos e substâncias.

Por conseguinte, diante dessa combinação de fatores, tem-se como resultado a exponencialização dos riscos no cotidiano de cada pessoa e de toda a sociedade. A latência desses riscos, provocados pelo próprio homem na construção de seu caminho evolucionista, manifesta-se de forma concreta, como a poluição dos rios e mares, aumento da temperatura global, agravamento do efeito estufa, chuva ácida, desertificação de áreas antes altamente densas em vegetação<sup>500</sup>, dentre outros problemas. E tais riscos e degradações tornam-se comuns e são assimilados pela consciência comum e coletiva.

Importante a observação de que, em uma sociedade que mercantiliza tudo, também é possível comercializar o próprio risco, que se torna um novo produto, um “saco sem fundo” que não se esgota facilmente, gerando uma nova indústria de multiplicação de riscos.

Essa sociedade industrializada e fundamentada na produção, comercialização e multiplicação dos riscos, gera, inevitavelmente, uma incontrolável ameaça social, econômica e política e, por isso, deve

---

499 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 9.

500 A respeito, consultar: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ser questionada acerca dos pilares desse “evolucionismo” que vem empregando. Segundo Beck,

As ciências, portanto, da maneira como estão constituídas – em sua ultraespecializada divisão do trabalho, em sua compreensão de métodos e teorias, em sua heterônoma abstinência da *praxis* –, não estão em condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, de vez que têm destacado envolvimento em seu surgimento e expansão<sup>501</sup>.

A profunda sistematização do trabalho advinda da Revolução Industrial aperfeiçoou-se tão veementemente a ponto de tornar as pessoas ultraespecializadas na sua atividade, mas, por outro lado, incompetentes para entender os riscos derivativos dessa modernização<sup>502</sup>. Assim, é de simples compreensão a prática de “trapaças científicas”, ao se considerar a racionalidade baseada na “realidade” ou estimativa dos riscos.

Os velhos e conhecidos riscos, sob uma perspectiva econômica, são trabalhados e comercializados ao mesmo tempo em que, politicamente, são combatidos como forma de propaganda e promoção dos agentes políticos. Ademais, como há riscos que ainda são imperceptíveis e não comprovados cientificamente, surge, também, uma realidade oculta desterritorializada<sup>503</sup>. É exatamente nessa lógica que emerge o princípio da precaução, com o intuito de impor obrigações de prudência, cuidado e zelo a fim de que não se permitam emergir contextos e situações contra os quais não se possa lutar.

O princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) está presente no Direito Alemão desde a década de 1970<sup>504</sup>. Já no âmbito internacional, é encontrado

---

501 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 71.

502 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 74.

503 Cf. MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v.1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 28: “A ideia de direitos fundamentais das gerações futuras, continua, não é apenas artifício retórico sem qualquer tradução jurídica, antes possuindo a consistência dogmática que deriva do facto de aqueles poderem já produzir (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos atualmente titulados pela geração presente”.

504 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.



na Carta Mundial da Natureza, editada pela Resolução 37/7 da ONU (Organizações das Nações Unidas), de 1982. Na convenção das Nações Unidas, realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992, uma década depois, consta sua expressa menção em dois documentos: 1) no artigo 15 da Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento; e 2) no artigo 3º da convenção sobre mudança do clima.

O princípio da precaução carrega em seu conceito a probabilidade de dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, diante da possível existência do risco. É importante frisar que sua utilização se dá no âmbito da possibilidade, porque se houver certeza do dano, aplica-se o princípio da prevenção como forma de afastar a atividade poluidora. O princípio da precaução será empregado quando não houver unanimidade da incerteza do dano.

Para Leff<sup>505</sup>, o conhecimento é complexo, mas sua complexidade não deve ser confundida com uma relativização generalizada e uma epistemologia eclética diante da globalização erguida sob a valorização mercantil ante os diversos significados culturais e a conservação ecológica.

Segundo Leff<sup>506</sup>, a racionalidade ambiental não está simplesmente formada e pronta, mas sua complexidade deve ser buscada no horizonte, na margem do ainda não pensado, adentro dos saberes marginalizados de cunho tradicional, tanto de atores urbanos quanto de camponeses e indígenas que dialogam entre saberes legitimados tradicionais e modernos:

A racionalidade ambiental desponta no horizonte da sustentabilidade como condição de vida: não apenas da biodiversidade, mas da vida humana, da cultura, do sentido da existência. É uma nova compreensão o mundo que habitamos. Nesta fronteira que marca a transição entre a modernidade e pós-modernidade, se questiona a racionalidade que sustentou o mundo moderno e se vislumbra uma nova racionalidade. Esta revisão das categorias do pensamento não é um simples refluxo de ideias nas marés do conhecimento. Não é o reflexo de uma realidade complexa no pensamento da complexidade.

---

505 LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

506 LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012.

[...] O pensamento novo é ruptura, mas não faz *tábula rasa* do pensamento que o antecede; não decapita o conhecimento científico; não esquece os saberes tradicionais<sup>507</sup>.

É nesse sentido que o conceito do *incerto* deve ser interpretado e trabalhado, porque apesar de ainda não estar bem determinado, medido e esquadrihado, deve ser objeto de investigação. É por essa razão que o jurista Jean-Marc Lavieille diz que o princípio da precaução “consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o que nós deveríamos duvidar”<sup>508</sup>. Essa ótica, que vai além de uma certeza simplória, do já posto, o qual busca apenas acalmar as diversas dúvidas pendentes, passa para um novo patamar que trabalha a existência de um conhecimento apenas quando dedicados muito trabalho e esforço na solução de suas hipóteses.

Ademais, essa incerteza, mais precisamente, a falta de certeza sobre a existência de algum dano referente a determinada atividade, por si só, não é capaz de impedir um determinado empreendimento, sob pena de se exigir o chamado “risco zero”, o qual se sabe que é impossível, principalmente na “sociedade de risco”. Dessa forma, existem, atualmente, os riscos toleráveis, consistentes nos riscos que trazem maior benefício em relação ao dano causado, e os intoleráveis, aqueles reprováveis por tornarem-se tão prejudiciais que não compensam qualquer benefício ao empreendedor ou à sociedade e que, certamente, serão objeto de limitação do Estado<sup>509</sup>.

Alargando ainda a construção sobre o entendimento acerca do princípio da precaução, Canotilho<sup>510</sup> atribui seu funcionamento como um princípio a ser aplicado *in dubio pro ambiente*, esclarecendo ainda que, pairando dúvidas de dano sobre a atividade a ser desenvolvida, a autoridade responsável deve pautar sua decisão protegendo o bem ambiental e repelindo a potencialidade

---

507 LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012. p. 129-130.

508 Lavieille (1999, *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102).

509 BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Atlas, 2009.

510 CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Direito Constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

de dano. Ensina que “quando ainda não se verificarem quaisquer danos decorrentes de uma determinada actividade, mas se receia, apesar da falta de provas científicas, que possam vir a ocorrer”, a utilização do princípio da precaução deve ser acionada<sup>511</sup>.

Baseado nesse contexto da sociedade industrializada “pós-moderna”, imersa na latência das ameaças dos riscos que ela mesma produz e apta a gerar efeitos transfronteiriços e atemporais, Leff<sup>512</sup> defende que a crise globalizada é de conhecimento, a qual questiona os modelos de racionalidade formadores dos paradigmas que lançaram as bases do desenvolvimento, sobretudo aqueles relacionados à produção e exploração para a manutenção do poder:

A crise ambiental é uma crise do conhecimento. O saber ambiental que dali emerge como a invasão silenciosa de saber negado se infiltra entre as muralhas defensivas do conhecimento moderno; se filtra entre as malhas teóricas através de suas estratégias discursivas. A epistemologia ambiental derruba os muros de contenção da ciência e transcende todo conhecimento que se converte num sistema de pensamento. Desse modo, chega a questionar o marxismo e o estruturalismo, mas ao mesmo tempo, usa suas armaduras teóricas contra o projeto positivista (universalista, coisificador, reificante) do conhecimento. O saber ambiental desvela e desentranha as estratégias de poder que se entremeiam na epistemologia empirista e racionalista que confundem o ser com o ente, o real com a realidade, o objeto empírico e o objeto de conhecimento; desmascara as estratégias conceituais das teorias de sistemas e do pensamento ecológico; estabelece as bases epistemológicas para a articulação teórica das ciências e abre conhecimento para um diálogo dos saberes<sup>513</sup>.

Conforme é possível analisar, a sustentabilidade surge como uma nova forma de estruturar a sociedade, o desenvolvimento e o modo de vida. A

---

511 CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Direito Constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.

512 LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012.

513 LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012. p. 19-20.

criação de instrumentos que possibilitam o diálogo dos saberes e controle dos saberes dominantes, que atuam principalmente para anular qualquer forma de conhecimento capaz de ameaçar sua existência, é importantíssima na atual sociedade de risco.

Um instrumento capaz de controlar a lógica dominante dos poderes constituídos, e que atua em lealdade à promoção da sustentabilidade necessária, permite que se trabalhe de forma eficaz para aprofundar estudos e argumentos sobre as dúvidas que permeiam a degradação ambiental, além de implementar a possibilidade de se tomar medidas para o fortalecimento da proteção ambiental.

## **2 Liberação do uso da fosfoetanolamina**

Pesquisas desenvolvidas pelo Instituto de Química de São Carlos, encabeçadas pelo Dr. Gilberto Orivaldo Chierice e sua equipe, chegaram à síntetização da fosfoetanolamina sintética (fosfo)<sup>514</sup>.

Essa substância encontra-se na natureza e nos seres vivos, mas alguns pesquisadores iniciaram o processo de seu desenvolvimento em laboratório, como no caso do profissional já referido.

Importante também ressaltar que essa substância vem sendo estudada para se confirmar sua propriedade antitumoral, atuando principalmente na inibição de novas células cancerígenas. E, por isso, logo foi associada ao tratamento de cura do câncer, sendo divulgadas reportagens que a cunhavam de “pílula do câncer”.

Devido às notícias e informações divulgadas pelas diversas pesquisas envolvendo a fosfo, uma comoção social iniciou-se para liberação do uso da substância aos pacientes em tratamento de câncer.

A pressão popular pela liberação da substância como uma possibilidade de cura para o câncer ganhou força em meio à crise política enfrentada

---

514 SANTOS, Vanessa Sardinha dos. Pílula do câncer (Fosfoetanolamina sintética). **Brasil Escola**, [s.d.]. Disponível em: <http://brasilescuela.uol.com.br/saude/pilula-cancer.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

pela então presidente da República Dilma Rousseff, no final de 2015 e início de 2016<sup>515</sup>.

Em meio à turbulência política e no intuito de ganhar popularidade, no dia 13 de abril de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.269, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Ocorre que a fosfoetanolamina sintética tem sido alvo de diversas críticas do meio científico por não ter sido comprovadamente testada em seres humanos.

Relevante ressaltar que o conhecimento produzido com a fosfoetanolamina deve obedecer às regras que legitimam o conhecimento científico, sob pena de não ser reconhecidamente um saber capaz de ser aplicado.

A produção do saber ambiental é, pois, um processo estratégico, atravessado por relações de poder. As transformações do conhecimento induzidas pela problemática ambiental dependem das condições de assimilação do saber ambiental dentro dos paradigmas legitimados do conhecimento, da emergência de novos conceitos e métodos das disciplinas ambientais e da elaboração de métodos pedagógicos para transmissão do saber ambiental<sup>516</sup>.

Não se trata, entretanto, de eliminar as diversas formas de conhecimento que não sejam a do conhecimento científico ocidental homogenizador. Como bem ensina Leff, “a construção do saber ambiental passa pela constituição de seu conceito e de um espaço para sua objetivação prática”<sup>517</sup>.

Também não há que se considerar um conhecimento marginalizado ou subjugado pela racionalidade tecnológica e científica da modernidade<sup>518</sup>,

---

515 MORAES, Camila. Após liberar pílula do câncer por pressão popular, Dilma é questionada no Supremo. *El País*, 22 abr. 2016. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460726988\\_568520.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460726988_568520.html). Acesso em: 01 jun. 2017.

516 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 164.

517 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 164.

518 LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 164.

mas de considerar um conhecimento que respeite as regras de criação de seu próprio paradigma.

Assim, convém destacar que a elaboração de uma lei para uso de uma substância que sequer é legitimada dentro do próprio paradigma de sua gênese deve ser objeto de muita cautela e prudência, principalmente quando forças políticas atravessam a tomada de decisão com forte incitamento de angariar aprovação popular.

### **3 Princípio da precaução no direito brasileiro e julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF)**

O princípio da precaução no Direito brasileiro também se coloca como instrumento de controle para o administrador público. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, contidos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), são balizadores para qualquer ato da Administração Pública, inclusive na tomada de decisão. Aliado a estes, é necessário ressaltar que o artigo 225 da CF/88 também dispõe que é dever do Poder Público defender e conservar o meio ambiente para uma sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

É nesse sentido que Wedy<sup>519</sup> ensina:

Com efeito, o Estado viola o princípio constitucional da moralidade e da legalidade quando não adotar medidas de precaução. Não há, nesse ponto, como o Estado agir discricionariamente: havendo risco de dano e incerteza científica, o princípio da precaução deve ser aplicado, sob pena de responsabilização estatal no caso da ocorrência de danos ao meio ambiente.

A Administração Pública tem o dever de fundamentar precisamente os motivos que possam implicar dispensa desse dever de defesa e conservação imposto pelo artigo 225 da CF/88, demonstrando a importância do benefício para a sociedade diante do impacto ambiental suportado.

---

519 WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 137.

O princípio da precaução é uma diretriz constitucional para os agentes políticos no Brasil, mas também uma norma de Direito Internacional conforme insculpido no Princípio 15 da Declaração do Rio (Eco 92):

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental<sup>520</sup>.

Machado<sup>521</sup>, nesse mesmo caminho, ensina que foi através de “duas convenções internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil que se adiria o ‘princípio da precaução’” ao ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira convenção refere-se à Convenção da Diversidade Biológica, já a segunda é a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, que entrou em vigor para o Brasil em 2 de julho de 1998 e promulgada pelo Decreto nº 2.652/98, que dispõe em seu artigo 3º:

Princípios

(...)

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de

---

520 RIO DE JANEIRO. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Declaração do Rio (Eco-92)**, 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

521 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

feito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima<sup>522</sup>.

Convém ainda ressaltar que a doutrina explica que o princípio da precaução está contido no próprio artigo 225 da CF/88, porque a preservação do meio ambiente necessita de mecanismos capazes de evitar que danos aconteçam. Vejamos:

Esse pacto de solidariedade legitima a criação de mecanismos internos de precaução, prevenção\* e repressão a danos ambientais, entre os quais se destacam as normas relativas à compensação ambiental, importante ferramenta na proteção da biodiversidade e equilíbrio dos ecossistemas, que é objeto do presente estudo<sup>523</sup>.

Ao corroborar esse entendimento, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) já aplicou o princípio da precaução como uma medida preventiva aos riscos criados, como no Relatório do Ministro Humberto Martins em seu voto no Recurso Especial (REsp) nº 1.285.463/SP, que ao citar os ensinamentos de Nicolas Treich e Gremaq, dispõe:

[...] no mundo da precaução, há uma dupla fonte de incerteza: o perigo nele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa justamente a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se<sup>524</sup>.

---

522 BRASIL. **Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 2 jul. 1998. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1998-07-01;2652>. Acesso em: 01 jun. 2017.

523 COSTA, Beatriz Souza; MOREIRA, Lilian Maria Ferreira Marotta. A compensação no Direito Ambiental brasileiro: o caso de Minas Gerais. In: GOMES, Carla Amado (org.). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014. p. 110-133.

524 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (Resp) nº 1.285.463/SP**. Min. Rel. Humberto Martins. - Segunda Turma. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Diário de Justiça, Brasília, 6 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2017.



É possível afirmar que os riscos a serem limitados diante da comprovada existência de risco em qualquer de suas formas (abiótico, biótico ou antrópico) são os intoleráveis, porque causam significativo dano ambiental.

Conforme se pode verificar do texto constitucional, há a menção ao risco, mas não define claramente o que seria este risco. Por causa disso, Machado<sup>525</sup> ensina que a CF/88 inova com o “princípio do controle de risco”, que para ele seria uma forma de dar maior amplitude ao princípio da precaução:

Há diferença essencial na amplitude do “princípio da precaução”, inscrito no n. 15 da Declaração do Rio de Janeiro/1992, e na dimensão do “princípio do controle do risco”, inscrito no art. 225 da CF brasileira. A Declaração mostra o princípio da precaução limitado às ameaças sérias e irreversíveis. O princípio de controle do Poder Público nas atividades mencionadas ocorrerá sempre que houver risco para a vida, risco para a qualidade de vida e risco para o meio ambiente.

Logo em seguida, Machado<sup>526</sup> trabalha com a hipótese de se tratar de uma nova modalidade de princípio, fruto do desdobramento do princípio da precaução baseado na incerteza. Passa a definir o risco como “a possibilidade real ou realista de um acontecimento negativo ou de um dano decorrente do que não é certo, ou esperado, mas só mais ou menos provável”. Explica, ainda, que o princípio da precaução é uma ferramenta necessária para garantir os direitos cristalizados no artigo 255 da CF/88: “repita-se que o princípio da precaução é uma ferramenta para evitar o dano ambiental e implantar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida”<sup>527</sup>.

Com base nisso é que o princípio da precaução no Direito brasileiro pode ser usado como instrumento capaz de afastar toda e qualquer dúvida que serviria de fomento para a degradação ambiental, ao mesmo tempo em que

---

525 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

526 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

527 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 101.

fortalece a proteção ao meio ambiente pela adoção de medidas mais eficazes em sua proteção.

Fato é que a Associação Médica Brasileira (AMB) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5501, para derrubar a Lei nº 13.269/2016, sancionada pela então presidente da República Dilma Rousseff, sem o devido registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

A AMB alegou em sua ação que o uso da fosfo não tem sua eficácia comprovada e a forma como vem sendo usada pela população sem o devido acompanhamento pela comunidade científica atrapalha o correto uso e pesquisa da substância, além de prejudicar o tratamento convencional dos pacientes. Argumenta ainda que a forma como foi criada a Lei seria contrária aos direitos à saúde, à segurança, à vida e à dignidade da pessoa humana, ou seja, causa grave prejuízo à sadia qualidade de vida protegida no artigo 225 da CF/88<sup>528</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou em decisão liminar e suspendeu a eficácia da Lei nº 13.269/2016. O Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, destacou:

Observem a organicidade do Direito e o âmbito da Lei nº 13.269/2016, autorizadora da comercialização de substância química não submetida previamente a testes clínicos em seres humanos. Ao suspender a exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos – artigo 196 da Constituição Federal<sup>529</sup>.

Com base na incerteza científica que envolve a questão do uso da fosfoetanolamina sem o devido estudo investigativo das consequências derivadas ao ser humano, é que o STF entendeu por bem suspender a eficácia Lei nº 13.269/2016 até o julgamento final da ação, quando a questão será

---

528 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

529 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5501. Min. Rel. Marco Aurélio. - Tribunal Pleno. Brasília, 16 de maio de 2016. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2017.

melhor debatida na sociedade, bem como maturada a tomada de decisão, sem as pressões políticas que culminaram em sua sanção.

## **Considerações finais**

O princípio da precaução, utilizado nesse julgamento, serviu para proibir o uso de uma medicação desenvolvida regularmente em laboratório, mas que, considerando o sistema jurídico brasileiro, não se legitimou enquanto conhecimento científico válido.

Tendo em vista que a Lei nº 13.269/2016 foi sancionada mesmo com parecer contrário de grande parte da comunidade científica e da ANVISA, coube ao STF, tribunal de vértice, assegurar os direitos fundamentais de viés transindividual e adotar medidas de cautela e prudência ao suspender os efeitos da Lei.

Além disso, é importante ressaltar que o princípio da precaução não deve ser utilizado levemente, sob pena de se banalizar um instrumento crucial em situações que, efetivamente, clamam por seu emprego. Porém, não pode, do mesmo modo, permitir que riscos graves sejam politicamente banalizados e trivializados por nossa “sociedade de risco”, impondo o dever de prudência e zelo por parte do Estado.

Haja vista que os riscos tendem a crescer exponencialmente na “pós-modernidade”, há que se considerar que esse princípio será amplamente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro se estivermos buscando construir uma sociedade sustentável, consetânea ao processo constitucional. Portanto, sua utilização, principalmente pela função jurisdicional, constituir-se-á garantia de proteção de direitos fundamentais até que a consciência ambiental esteja impregnada coletivamente na comunidade brasileira e sua observância dê-se de forma natural, sem necessidade de intervenções heterônomas.

O Processo Constitucional constitui-se a metodologia inafastável e imperativa para o exercício do direito de resistência por parte do povo brasileiro, o qual deve questionar e participar amplamente dos processos decisórios do Estado brasileiro, em todas as suas funções precípua, sempre que houver receio de que direitos fundamentais de viés difuso e intergeracionais estejam sujeitos a riscos e necessitem da salvaguarda precaucional.

## Referências

BECHARA, Erika. **Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)**. São Paulo: Atlas, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Diário Oficial da União, Brasília, 2 jul. 1998. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1998-07-01;2652>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016**. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Diário Oficial da União, Brasília, 14 abr. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm). Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (Resp) nº 1.285.463/SP**. Min. Rel. Humberto Martins. - Segunda Turma. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. Diário de Justiça, Brasília, 6 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5501**. Min. Rel. Marco Aurélio. - Tribunal Pleno. Brasília, 16 de maio

de 2016. Diário de Justiça, Brasília, 20 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Direito Constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Beatriz Souza; MOREIRA, Lilian Maria Ferreira Marotta. A compensação no Direito Ambiental brasileiro: o caso de Minas Gerais. *In*: GOMES, Carla Amado (org.). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014. p. 110-133.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela; revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v.1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 25-44. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

MORAES, Camila. Após liberar pílula do câncer por pressão popular, Dilma é questionada no Supremo. **El País**, 22 abr. 2016. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460726988\\_568520.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460726988_568520.html). Acesso em: 01 jun. 2017.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta Mundial para a Natureza, Resolução da Assembleia Geral 37/7**, 28 outubro de 1982.

Disponível em: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta\\_Mundial\\_para\\_Natureza.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf). Acesso em: 01 jun. 2017.

RIO DE JANEIRO. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Declaração do Rio (Eco-92)**, 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. Pílula do câncer (Fosfoetanolamina Sintética). **Brasil Escola**, [s.d.]. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/saude/pilula-cancer.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

# **O papel das inovações tecnológicas na construção de um Brasil solidário**

The role of technological inovations in the construction of a solidary Brazil

## **Leonardo Cordeiro de Gusmão**

Advogado. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Pesquisador do CEBID – Dom Helder (Centro de Estudos em Biodireito).

E-mail: leonardodegusmao.adv@gmail.com

## **Fernando Barotti dos Santos**

Advogado. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, pesquisador do grupo de pesquisa MAPE: Meio-Ambiente, Paisagem e Energia.

E-mail: fernando\_barotti@hotmail.com

## **Émilien Vilas Boas Reis**

Pós-doutorado em filosofia pela Universidade do Porto. Doutorado em filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduação em filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto da Escola Superior de Ensino Dom Helder Câmara, em nível de graduação e mestrado. Coordenador do grupo “Pensar a cidade: seus aspectos ambientais, jurídicos e sociais” – Dom Helder.

E-mail: mboasr@yahoo.com.br

**Resumo:** A partir do método jurídico de raciocínio dedutivo com pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, mediante uma análise bibliográfica e documental, averigua-se neste trabalho qual é o papel da inovação tecnológica na construção de um Brasil solidário, capaz de alcançar o desenvolvimento sustentável e efetivar a dignidade humana. Após investigar o ordenamento jurídico brasileiro e políticas públicas federais pertinentes às inovações tecnológicas, chega-se à conclusão de que diante do cenário de ameaça que surgiu em decorrência da Revolução Industrial, faz-se imprescindível uma mudança de comportamento, devendo o poder público e os empresários incentivar e investir em inovações tecnológicas que contribuam para o desenvolvimento sustentável e para a efetivação da dignidade da pessoa humana. O exercício da atividade econômica precisa observar os deveres fundamentais, orientando-se pela ética da alteridade desenvolvida por Émmanuel Lévinas.

**Palavras-chaves:** Princípio da Solidariedade. Alteridade. Desenvolvimento sustentável. Dignidade humana. Inovações tecnológicas.

**Abstract:** From the juridical method of deductive reasoning with qualitative, descriptive and explanatory research, through a bibliographical and documentary analysis, it's verified in this paper wich is the role of the technological inovation in the construction of a solidary Brazil, capable to achieve sustainable development and realize human dignity. After investigating the Brazilian legal system and federal public policies pertinent to technological innovations, it is concluded that before the auto-threat scenario that arose as a result of the Industrial Revolution, it's essential a change of behaviour, with the public authorities and entrepreneurs encourage and invest in technological innovations which contribute to sustainable development and to the realization of the dignity of the human person. The exercise of economic activity must observe the fundamental duties, guided by the ethics of otherness developed by Émmanuel Lévinas.

**Keywords:** Solidarity principle. Otherness. Susteainable development. Human dignity. Technological innovations.

## Introdução

O presente trabalho tem a intenção de identificar, a partir do método jurídico de raciocínio dedutivo com pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa,



mediante uma análise bibliográfica e documental, a relação existente entre desenvolvimento sustentável e inovação tecnológica, averiguando a normatização nacional acerca do tema e as respectivas políticas públicas.

Nesse contexto será avaliado, sob uma perspectiva ética e jurídica, qual deve ser o comportamento do Poder Público e dos empresários no exercício da atividade econômica, no que tange aos incentivos e investimentos em inovações tecnológicas que irão ser incorporadas nas estruturas produtivas. Pretende-se, pois, expor como as inovações tecnológicas utilizadas pelos empresários podem contribuir para o desenvolvimento sustentável e na construção de um Brasil solidário, que seja responsável com as futuras gerações.

Assim, desenvolver-se-ão três tópicos indispensáveis ao estabelecimento das premissas necessárias à conclusão almejada. No primeiro será debatida qual concepção de ética se revela mais adequada à construção de uma sociedade solidária, capaz de enfrentar os problemas socioambientais da modernidade, em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Após, no segundo tópico, tratar-se-á da situação de autoameaça que aflige atualmente a sociedade, em consequência à degradação ambiental promovida pelo modelo de produção intensiva pautado em tecnologias poluidoras, adotado a partir da Revolução Industrial. Por fim, no terceiro tópico, antecedente à conclusão, abordar-se-á a normatização brasileira acerca das inovações tecnológicas e as respectivas políticas públicas, averiguando se há uma orientação expressa em prol do desenvolvimento sustentável.

## **1 A formação de uma sociedade solidária como objetivo constitucional e ético**

Logo em seu preâmbulo, a CRFB/88 enfatiza que o Estado Democrático de Direito, ora instituído, sedimenta-se na efetivação de direitos fundamentais e sociais, com o fim de formar uma sociedade fraterna, pluralista, harmônica e pacífica. Seguindo tal perspectiva, em seu artigo 1º, inciso III<sup>530</sup> realça a centralidade da dignidade da pessoa humana, cuja efetivação depende do

---

530 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 jul. 2017.

respeito ao núcleo – conteúdo mínimo – de todos os direitos fundamentais, os quais devem nortear a atuação do Poder Público e de toda a sociedade em suas relações privadas.

Pode-se dizer, assim, que a concretização da dignidade da pessoa humana, isto é, dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente a cada indivíduo, é requisito essencial ao desenvolvimento nacional, à promoção do bem comum, à erradicação da pobreza e à construção de um Brasil justo, livre e solidário, que são objetivos traçados pelo artigo 3º, incisos I, II, III e IV<sup>531</sup> da CRFB/88.

Convém ressaltar que em diversos momentos o texto constitucional destaca o vínculo indissociável entre o princípio da solidariedade e os institutos democráticos que regem o ordenamento jurídico brasileiro – especialmente os direitos e deveres fundamentais –, revelando a essencialidade do comportamento solidário à conquista da liberdade e à formação de uma sociedade efetivamente justa.

O princípio da solidariedade se impõe a todas as relações sociais, marcadamente no que diz respeito ao uso da propriedade – artigo 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII, da CRFB/88 –, ao exercício das atividades econômicas – artigo 170 da CRFB/88 – e na exploração dos recursos naturais essenciais ao equilíbrio ambiental e à sadia qualidade de vida das atuais e futuras gerações – artigo 225 da CRFB/88.

A construção de um Brasil solidário exige que todos adotem uma conduta pautada na boa-fé e na moralidade, o que importa numa limitação ao comportamento de indivíduos e de instituições públicas ou privadas. O agir de modo solidário é dever fundamental imposto a todos, tendo a finalidade de manter um equilíbrio socioambiental, sendo pressuposto básico para a efetivação da dignidade humana.

Por se mostrar oportuno, citam-se abaixo algumas palavras tecidas por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fenterseifer, por meio das quais relacionam o princípio da solidariedade com o cumprimento de deveres fundamentais:

[...] pode-se dizer que os deveres fundamentais representam uma medida de justiça e correção de possíveis desigualdades no exercício

---

531 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 jul. 2017.

e acesso aos direitos fundamentais, já que a liberdade só é legitimada constitucionalmente quando condizente (e em harmonia) com um quadro de igualdade e dignidade mínimas para todos os membros do *pacto constitucional* [...] É possível, portanto, visualizar o caminhar jurídico-constitucional no sentido da consagração da noção de deveres jurídicos de caráter fundamental a vincularem os indivíduos, no plano individual e mesmo transindividual, deveres que transcendem um mero dever de respeito mútuo entre os indivíduos de determinado grupo social, mas alcançam deveres de cunho positivo, especialmente quando estejam em questão a dignidade da pessoa humana<sup>532</sup>.

Uma sociedade somente será solidária se todos cumprirem com os deveres fundamentais que lhe cabem, os quais não se restringem ao respeito mútuo, demandando também a escolha por ações que tragam o maior benefício social possível. Faz-se necessário, portanto, que cada indivíduo ou instituição assuma, na medida de sua capacidade, a responsabilidade pela preservação da dignidade humana dos demais indivíduos.

As situações de marginalidade pelas quais perpassam determinados indivíduos resultam, justamente, do descumprimento de deveres fundamentais que se norteiam pelo princípio da solidariedade. A mudança desse cenário depende da incorporação de um comportamento ético atento às necessidades do outro, não se restringindo aos interesses próprios de cada componente de determinada sociedade.

A ética fundamentada na alteridade, desenvolvida pelo filósofo Emmanuel Lévinas, por ser pautada no interesse do outro, parece ser a mais adequada para conduzir a sociedade brasileira à construção de um país solidário, com atenção aos deveres e direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Sobre essa ética da alteridade, faz-se pertinente trazer à tona as palavras de Beatriz Souza Costa, Émilien Vilas Boas Reis e Márcio Luís de Oliveira, tratando da ética fundamentada na alteridade, desenvolvida pelo filósofo Emmanuel Lévinas:

---

532 SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.

Para abordar à alteridade, Lévinas se detém na questão do Eu, que será ilustrado como uma identidade, construída através da experiência [...]. Mas esse Eu egoísta entra em relação com o Outro, enquanto alteridade, uma alteridade não apenas formal (reflexiva). Assim como sou um Eu (Mesmo) com identidade, o outro também surge concretamente como possuindo uma identidade própria. Este Outro é livre, não podendo estar no domínio do Mesmo, pois jamais se identificará totalmente com o lugar do Mesmo.

[...]

Assim, pode-se notar que Lévinas abre a possibilidade de pensar a relação entre os homens não em termos de igualdade, mas de alteridade. A fraternidade humana está pautada na percepção de que cada homem é uma individualidade inalienável<sup>533</sup>.

Por sugerir a substituição do pensamento focado em si mesmo por aquele que se orienta pelo outro, respeitando-se as diferenças e necessidades inerentes a cada indivíduo, a ética fundamentada na alteridade converge com o objetivo constitucional consistente na construção de uma sociedade solidária. Ela impõe práticas que se direcionem pelos direitos fundamentais garantidos a todos, essenciais à fruição de uma vida digna. Importante mencionar, pois, as próprias palavras de Emmanuel Lévinas:

Esta inversão humana do em-si e do para-si, do “cada um por si”, em um eu ético em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem – irrecusável e incessível – esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro ao rosto de outrem [...]. É na relação pessoal, do eu com o outro, que o “acontecimento” ético, caridade e misericórdia, generosidade e obediência, conduz além e eleva acima do ser<sup>534</sup>.

---

533 COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.16-17-19-20.

534 LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: Ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pargentino Stefano Pivatto (coord.). KUIAVA, Evaldo Antônio; NEDEL, José; WAGNER, Luiz Pedro; PELIZOLLI, Marcelo Luiz. Petrópolis/SP: Vozes, 2004. p. 269.

Assim, compete a cada indivíduo e instituição, em sua jornada, o dever – a responsabilidade – de contribuir dentro do possível para que os outros indivíduos também tenham a oportunidade de usufruir de uma vida de qualidade. Em seus comentários à filosofia de Emmanuel Lévinas, Beatriz Costa, Émilien Reis e Márcio Oliveira ressaltam que “No rosto do outro encontra-se uma identificação de si mesmo, que possibilita solidariedade”<sup>535</sup>.

Tendo em vista sua pertinência à temática apresentada neste trabalho, menciona-se, adiante, a concepção de responsabilidade como dever no exercício de um poder, prescrita por Hans Jonas:

Entretanto, há outra noção de responsabilidade que não concerne ao cálculo do que foi feito *ex post facto*, mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências mas pelo objeto que reivindica meu agir. Responsabilidade, por exemplo, pelo bem-estar de outros, que considera determinadas ações não só do ponto de vista da sua aceitação moral, mas se obriga a atos que não têm nenhum outro objetivo<sup>536</sup>.

No que concerne ao sistema capitalista<sup>537</sup> estabelecido, o exercício do poder se funda predominantemente na atividade econômica, conforme se evidencia no Título VII da CRFB/88, ao tratar Da Ordem Econômica e Financeira. Dessa maneira, há de se concluir que o agente econômico – como o empresário – somente atuará de forma ética, contribuindo para a formação

---

535 COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 18.

536 JONAS, Hans, 1903-1993. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica / Hans Jonas. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006. p. 167.

537 **Capitalismo** – Sistema econômico e social que se baseia na influência ou predomínio do capital, em que os meios de produção constituem propriedade privada e pertencem aos capitalistas. Investem capital próprio na produção de bens que, comercializados, promovem o retorno do capital investido com lucro, que é o excedente do investimento. O capitalista utiliza o trabalho de terceiros, que contrata para fabricar produtos [...] **Economia** – Ciência que trata dos fenômenos pertinentes à produção, distribuição, acumulação e consumo de bens materiais [...] Controle contra desperdício em qualquer atividade ou em uma empresa. GUMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. Deocleciano Torrieri Guimarães (org.) 12. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 159, 307.

de uma sociedade solidária, caso assuma a responsabilidade que tem em relação ao bem-estar dos demais indivíduos que compõem a dinâmica social.

A missão, a visão e os valores de toda empresa – encampados pelos sócios, investidores e trabalhadores – devem se alinhar à perspectiva da proteção ambiental, projetando, assim, um ambiente econômico atento aos anseios do outro – conforme proposta de Lévinas.

Importante frisar que a concretização da dignidade da pessoa humana, na forma trazida pela CRFB/88, depende da coexistência ponderada entre os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos. Nesse sentido, convém salientar a necessidade de uma interpretação conjunta – Princípio da Unidade da Constituição – do artigo 225, *caput* com o artigo 170, incisos III e VI<sup>538</sup>, que trazem respectivamente o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e o direito fundamental à livre iniciativa na atividade econômica.

Ao tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a norma constitucional destaca sua essencialidade à sadia qualidade de vida de todos, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever fundamental de preservá-lo e protegê-lo tanto para as atuais quanto para as futuras gerações. Enquanto isso, ao se referir à livre iniciativa, a CRFB/88 frisa que ao agente econômico incumbe uma obrigação de autolimitação na busca pelo lucro – responsabilidade como dever fundamental no exercício do poder econômico –, devendo o exercício da empresa se orientar também por sua função social e pela defesa do meio ambiente.

A coexistência equilibrada entre a prática de atividades econômicas e os interesses socioambientais corresponde à noção de desenvolvimento sustentável, que, segundo Denise Schmitt Siqueira Garcia, deve “estar alicerçada em três importantes dimensões: a ambiental, a social e a econômica”<sup>539</sup>. Denota-se, portanto, uma importante diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento, sendo este último outro objetivo designado pelo artigo 3º do texto constitucional brasileiro.

---

538 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 jul. 2017.

539 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e na teoria do decrescimento. **Revista Veredas do Direito**. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Belo Horizonte, v. 13, n. 25. 2016. p. 05.

Observe-se que ao mesmo tempo em que a CRFB/88 endossa o sistema capitalista mediante a garantia da livre iniciativa na consecução de atividades econômicas, também reconhece a responsabilidade do agente econômico em relação ao meio ambiente e aos interesses dos demais indivíduos não envolvidos na empresa, mas que podem ser afetados por ela.

Nesse sentido, antes de investir no desenvolvimento de alguma tecnologia ou de incorporar em sua estrutura produtiva alguma inovação tecnológica que lhe é apresentada, deve o empresário levar em conta os interesses socioambientais que podem ser afetados por suas escolhas.

Significa dizer que quaisquer inovações tecnológicas que contribuam para o desempenho econômico da empresa, mas que simultaneamente sejam desproporcionalmente agressivas ao meio ambiente, devem ser rejeitadas, adotando-se uma conduta ética pautada na alteridade, consonante com os enunciados constitucionais já mencionados no presente artigo.

Não se pretende, com tais advertências, argumentar por uma repressão à ciência, às inovações tecnológicas ou ao exercício da empresa, com vistas a um crescimento econômico diminuto ou zero. Expõe-se apenas a necessidade de uma efetiva ponderação na busca pela maximização dos lucros, a ser balizada pelos limites ambientais e nos interesses sociais e individuais (direitos fundamentais) que podem ser afetados.

Desse modo, pode-se dizer que os mandamentos constitucionais impõem aos empresários um dever – uma responsabilidade – em relação à dignidade garantida a cada indivíduo integrante da sociedade, conduzindo-os a um *modus operandi* que não tem como único objetivo a legítima busca pelo lucro. Entretanto, o que se observa na realidade fática são abusos corriqueiros materializados em degradação ambiental que compromete a dignidade de milhares de pessoas, divergindo do ideal de desenvolvimento sustentável e colocando em risco a própria sobrevivência da humanidade. Tal situação será adequadamente tratada no tópico a seguir.

## **2 Meio ambiente, inovações tecnológicas e a responsabilidade com as futuras gerações**

Em nome do progresso tecnológico e do crescimento econômico, diversos abusos foram e ainda são praticados, em desfavor do desenvolvimento

sustentável e da dignidade da pessoa humana. Com o advento da Revolução Industrial – iniciada no século XVIII e com apogeu no século XIX –, foram instituídos novos processos de manufatura sedimentados numa constante inovação tecnológica, consistentes na produção em série destinada ao atendimento da sociedade de consumo que se formara.

O método produtivo adotado desde então privilegia o crescimento econômico a qualquer custo e demanda um excesso de matéria-prima a ser retirado da natureza. Sob tal perspectiva, durante certo tempo o meio ambiente foi explorado sem o reconhecimento do caráter finito dos recursos naturais, equívoco que acarretou num desequilíbrio das condições ambientais de modo a comprometer a qualidade de vida dos indivíduos. Tal situação representa, ainda, numa ameaça à própria existência das futuras gerações.

O fato é que, desde a Revolução Industrial, a inovação tecnológica e o exercício da atividade econômica têm priorizado a manutenção do crescimento econômico e a correspondente maximização dos lucros, desconsiderando os fatores socioambientais. Como consequência, a sociedade moderna foi inserida num cenário de riscos que ameaçam sua própria existência, como bem destacado por Romeu Thomé, após fazer referência às proposições de Ulrich Beck:

Uma das principais características da modernidade atual (denominada modernidade tardia) é a produção social de riscos, que sistematicamente acompanha a produção de riquezas. A busca constante pelo crescimento econômico em todo o planeta apresenta, como consequência inevitável, o desencadeamento de riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida pelo ser humano<sup>540</sup>.

Na atualidade, ainda não se observa no Brasil uma atenção suficiente dos empresários em relação à responsabilidade como um dever vinculado ao poder econômico, embora seja fator indispensável à construção de um país solidário, em conformidade com a ética pautada na alteridade.

O que se verifica, na realidade, é o explícito descumprimento dos enunciados contidos nos artigos 225 e 170, incisos III e VI da CRFB/88, muito

---

540 THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental**: no contexto da sociedade de risco. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 15.



em consequência da utilização de tecnologias altamente poluidoras que comprometem a sadia qualidade de vida assegurada constitucionalmente aos indivíduos.

Faz-se mister, portanto, a execução da peculiar capacidade de adaptação inerente ao ser humano, mediante uma mudança em suas formas de pensar e agir – no processo produtivo –, mediante escolhas mais condizentes com a situação de risco que se apresenta na modernidade. Corroborar-se tal afirmação nas palavras do filósofo Emmanuel Lévinas, segundo o qual “O Eu não é um ser que se mantém sempre o mesmo, mas o ser cujo existir consiste em identificar-se, em reencontrar a sua identidade através de tudo o que lhe acontece”<sup>541</sup>.

Surge daí a relevância de se promover a sustentabilidade, termo que de acordo com Carlos Fernando Cruz da Silva, Frederico Antônio Lima de Oliveira e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar, na atualidade possui o seguinte significado:

[...] a ideia de sustentabilidade é um conceito interpretativo cuja densidade ontológica não é dada, mas sim construída. Essa categoria do pensamento, extremamente popular no discurso cotidiano, está, por razões etimológicas, atrelada às acepções de suporte e/ou apoio. Destarte, passou-se a utilizar o termo como instrumento de qualificação do desenvolvimento humano, refletindo a 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<sup>542</sup>.

---

541 LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 22.

542 SILVA, Carlos Fernando Cruz da; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; 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 *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 03, Tomo II, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, 2015. p. 98. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-%E2%80%93Tomo-II-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

Pode-se dizer que o equilíbrio entre as dimensões do desenvolvimento sustentável tem como objetivo não apenas a efetivação dos interesses fundamentais das gerações atuais, visando também a preservação de condições ambientais saudáveis, capazes de garantir qualidade de vida para as gerações futuras, salvaguardando também a própria sobrevivência da humanidade.

Por esse motivo, o artigo 225 da CRFB/88, supramencionado, fez menção expressa ao cuidado com as futuras gerações. Revela-se pertinente, pois, destacar os dizeres contidos nos princípios 03 e 04 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (RIO-92).

#### Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

#### Princípio 4

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste<sup>543</sup>.

Importante reconhecer, desse modo, que o ser humano é parte integrante e dependente da natureza, de maneira que sua dignidade e sobrevivência estão atreladas à manutenção do equilíbrio ambiental. Essa foi, aliás, a conclusão a que chegaram Émilien Vilas Boas Reis e Kiwonghi Bizawu, ao afirmar que “Meio ambiente também pressupõe uma relação entre a natureza e a sociedade. Hoje, não se podem ver estas duas esferas de maneira separadas, pois o social influencia na natureza e a natureza influencia no social”<sup>544</sup>.

Os riscos que assolam a sociedade atual só podem ser controlados por meio dessa visão holística embasada na alteridade, tão importante para a preservação do bem-estar e do futuro de todos, inclusive daqueles que até hoje vêm lucrando com a exploração irresponsável do meio ambiente. Segundo

---

543 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. ONU, Brasil, 1992. s/p.

544 REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica Laudato Si à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. *Revista Veredas do Direito*. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. v. 12, n. 23, Belo Horizonte, 2015. p. 22.

Ulrich Beck, a sociedade atual caracteriza-se pela criação de riscos, por ameaças que produzem um efeito globalizante, atingindo a todos, indistintamente:

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um *efeito bumerangue*: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles<sup>545</sup>.

No tópico anterior, destacou-se a indispensabilidade do comportamento ético fundamentado na alteridade, atento à dignidade de cada indivíduo, em relação à consecução de uma sociedade solidária, que é um objetivo traçado pelo texto constitucional. Nesses termos, enfatizou-se a necessidade de se compatibilizar os direitos fundamentais previstos nos artigos 225, *caput* e 170, incisos III e VI, ambos da CRFB/88.

Assim, salientou-se a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento sustentável, ressaltando que este último é composto não apenas por uma dimensão econômica, mas também pelas dimensões social e ambiental. Diante disso, ao final se afirmou que ao desempenhar atividades econômicas, o empresário não pode prescindir das questões socioambientais, não devendo visar apenas o lucro.

Por sua vez, no presente tópico se ressaltou que o sistema produtivo adotado na modernidade utiliza exageradamente os recursos naturais, comprometendo o equilíbrio ambiental e o bem-estar individual e social. Como segunda premissa, portanto, tem-se a concepção de que o modelo de produção intensiva, embasado em constantes inovações tecnológicas despreocupadas com o equilíbrio ambiental, inseriu a sociedade num cenário de riscos que ameaça a todos, incluindo as gerações futuras.

Ante o exposto, conclui-se que a busca pela maximização dos lucros não deve ser mais o único objetivo da atividade econômica, devendo estar aliada à proteção ambiental e à efetivação da dignidade humana, o que exige um comportamento ético embasado na alteridade, isto é, responsável com as

---

545 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade/ Ulrich Beck; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor – São Paulo: Editora 34, 2011. p. 44.

necessidades do outro. Assim, não se revela adequada a continuidade de investimentos em inovações tecnológicas altamente poluidoras, eficientes apenas em garantir o lucro visado pelas empresas. Deve o empresário incorporar em sua estrutura produtiva apenas aquelas que também contribuam para a defesa dos interesses socioambientais.

Convém, agora, acentuar novamente as palavras de Hans Jonas, acerca de como deve ser a conduta humana no âmbito da produção, relacionando-a com as respectivas políticas públicas: “Se a esfera do produzir invadiu o espaço do agir essencial, então a moralidade deve invadir a esfera do produzir, da qual ela se mantinha afastada anteriormente, e deve fazê-lo na forma de política pública”<sup>546</sup>.

Uma vez analisada a forma como deve ser a atuação empresarial no âmbito da sociedade de risco no que diz respeito às tecnologias utilizadas na produção, adiante se averiguará a normatização brasileira referente às inovações tecnológicas e as respectivas políticas públicas estabelecidas. Investigar-se-á, portanto, se o Poder Público brasileiro reconhece o papel das inovações tecnológicas na promoção do desenvolvimento sustentável e na construção de uma sociedade solidária.

### **3 Normas e políticas públicas relativas à inovação tecnológica no Brasil**

O aumento do PIB e da renda individual está intimamente relacionado com o desenvolvimento de pesquisas científicas e inovações tecnológicas que alimentam o modelo empresarial de produção intensiva. Esse crescimento econômico é fator essencial – embora não seja o único – à concretização dos direitos fundamentais, haja vista que cria maiores oportunidades sociais para toda coletividade, possibilitando uma melhor qualidade de vida.

Devido à relevância das inovações tecnológicas para o desenvolvimento econômico e social, no ano de 2015 o Congresso Nacional brasileiro promulgou a Emenda Constitucional nº 85, que, dentre outras disposições,

---

546 JONAS, Hans, 1903-1993. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica / Hans Jonas. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006. p. 44.

alterou a redação do artigo 213, §2º e artigo 218, *caput*, além de criar o artigo 219-A. Em tais dispositivos a norma constitucional atribuiu ao Estado o dever de incentivar atividades de pesquisa e o progresso científico e tecnológico no país, inclusive mediante financiamento público e parcerias público-privadas.

Diante do cenário de ampla degradação ambiental que coloca em risco a dignidade e a própria sobrevivência da humanidade, cabe ao Poder Público e aos agentes econômicos elaborar e efetivar um modelo de produção que seja sustentado por tecnologias compatíveis com a premente necessidade de proteção ambiental. Torna-se imprescindível, assim, uma adequada normatização atinente à temática, além do estabelecimento de políticas públicas compatíveis.

Em razão do Princípio da Unidade Constitucional, o dever atribuído ao Poder Público para incentivar o progresso científico e tecnológico, assim como os investimentos privados na área, devem se pautar pelo equilíbrio entre as três dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, ambiental e social. Vale frisar que esse incentivo à efetivação de um sistema de produção compatível com a proteção socioambiental é obrigação imposta ao Poder Público pelo artigo 225, *caput* e § 1º, inciso V, da CRFB/88, e aos atores econômicos pelo artigo 170, incisos III e VI, da CRFB/88.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, trata especificamente da função socioambiental atinente à pesquisa científica e à inovação tecnológica. O faz por intermédio da Lei 10.973/04<sup>547</sup> – recentemente modificada pela Lei 13.243/16 –, que em seu artigo 1º, parágrafo único, além de reconhecer a função central da pesquisa científica e da inovação tecnológica para o desenvolvimento produtivo do país – acarretando no aumento do PIB e da renda –, também ressalta a importância de um suporte estatal direcionado à sua compatibilização com o desenvolvimento social – o que envolve a proteção ambiental.

Face à conjuntura legislativa apresentada, o Governo Federal formulou a “Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação”, projetada para os anos de 2016 a 2019. Em tal documento, expressa-se como objetivo principal

---

547 BRASIL. **Lei nº 10.973, de 02 dezembro de 2004.** Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: 08 jul. 2017.

o desenvolvimento de estratégias destinadas a alavancar a ciência, tecnologia e inovação no país, além de se ressaltar a necessidade de compatibilizar os diversos interesses envolvidos na questão.

Estruturado em capítulos que se adicionam progressivamente, o documento busca não apenas traçar a estratégia de CT&I, seu objeto principal, mas demonstrar o estado da arte da política de CT&I promovida no País, justificar as escolhas aqui realizadas e sintetizar a diversidade de entendimentos em um vetor coeso para o usufruto de todos os interessados. Desse modo, o documento é composto por dois conjuntos de capítulos: o primeiro deles caracterizado por uma contextualização abrangente da política nacional do setor e o segundo pelas proposições mais estratégicas que nortearão as iniciativas em CT&I pelos próximos anos<sup>548</sup>.

Faz-se imperioso demonstrar, nesse momento, se as referidas estratégias, estabelecidas visando o desenvolvimento nacional da ciência, tecnologia e inovação, orientam-se ou não pela proteção dos interesses socioambientais, em convergência com o texto constitucional e com a legislação infraconstitucional.

A resposta à questão levantada no parágrafo anterior é positiva – a estratégia nacional relativa à ciência, tecnologia e inovação se orienta pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e pelo bem-estar social. Indispensável, pois, citar um dos trechos no qual se evidencia tal afirmação.

Considerando tais desafios, oportunidades e vantagens nacionais, foram selecionados onze temas em CT&I todos como estratégicos para o desenvolvimento, autonomia e soberania nacional. Estes temas e suas estratégias associadas foram selecionados tendo como base a necessidade do SNCTI em propor soluções para:

- A garantia da segurança hídrica, alimentar e energética da população brasileira;
- [...]

---

548 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019**. Brasília, 2016. p. 13.

- A manutenção da liderança brasileira em energias e combustíveis renováveis na economia;  
[...]
- A lacuna que nos separa dos países mais desenvolvidos no conhecimento e aproveitamento sustentável dos oceanos;
- A mitigação e adaptação à mudança do clima;  
[...]
- A preservação e o uso sustentável da biodiversidade brasileira;  
[...]
- O desenvolvimento de tecnologias sociais para a inclusão socioprodutiva com redução das assimetrias regionais na produção e acesso à ciência, tecnologia e inovação<sup>549</sup>.

Portanto, como terceira premissa estabelecida no presente trabalho, tem-se a confirmação de que a legislação brasileira – Constituição e Leis – e as respectivas políticas públicas impõem tanto ao poder público quanto privado o dever de cuidado com a pesquisa científica e as inovações tecnológicas, em atenção aos interesses do outro, em conformidade com a ética da alteridade.

Desse modo, incentivos e investimentos em determinada inovação tecnológica devem visar mais do que apenas o aumento da produtividade e o crescimento econômico, preocupando-se também com os aspectos socioambientais indispensáveis à efetivação da dignidade da pessoa humana das presentes e futuras gerações. Assim, as empresas não devem incorporar em suas estruturas produtivas, tecnologias que desconsiderem a noção de desenvolvimento sustentável, em contraposição à construção de uma sociedade solidária.

## Considerações finais

Tanto o desenvolvimento sustentável quanto a dignidade humana somente serão concretizados no Brasil se forem cumpridos os deveres e direitos fundamentais prescritos no texto constitucional, grande parte deles relacionados

---

549 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019**. Brasília, 2016. p. 83-84.

com o princípio da solidariedade. Esse comportamento solidário consiste numa atenção aos interesses do outro, o que suscita uma postura ética pautada na alteridade, em conformidade com os ensinamentos de Emmanuel Lévinas.

O princípio da solidariedade impõe ao Poder Público e aos empresários a obrigação de fomentar o desenvolvimento sustentável, não podendo haver um enfoque exclusivo no crescimento econômico. Contudo, fato é que, desde a Revolução Industrial, o exercício da atividade econômica tem se orientado predominantemente pela a maximização dos lucros, mediante o desenvolvimento de tecnologias que priorizam o aumento da produção, não conferindo relevância aos interesses socioambientais.

Em consequência ao desenvolvimento tecnológico irresponsável que priorizou o crescimento econômico em detrimento de interesses socioambientais, a sociedade moderna foi inserida num cenário de risco que afeta a dignidade das presentes e futuras gerações, ameaçando a própria sobrevivência humana. Nesse azo, faz-se necessária uma mudança de postura, devendo tanto o Poder Público quanto os empresários, incentivarem e investirem em inovações tecnológicas que conciliem as dimensões do desenvolvimento sustentável.

O ordenamento jurídico brasileiro endossa a necessidade de o progresso científico e tecnológico serem guiados pelo ideal de desenvolvimento sustentável. Seguindo tal vertente, o Poder Público Federal elaborou “Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação”, por meio da qual estabeleceu os principais interesses socioambientais que devem ser considerados na produção de novas tecnologias.

Desse modo, chega-se à conclusão de que o progresso científico-tecnológico brasileiro deve considerar o interesse do outro – sob a perspectiva da alteridade –, atento à premente necessidade de proteção dos interesses socioambientais, o que importa na rejeição de tecnologias que se preocupem apenas com o crescimento econômico. Os incentivos e investimentos em inovações tecnológicas têm um papel fundamental na construção de um Brasil solidário, possibilitando o alcance do desenvolvimento sustentável e a efetivação da dignidade humana.

## Referências

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade/** Ulrich Beck; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor – São Paulo: Editora 34, 2011.



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.973 de 02 dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 03 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm). Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL. **Lei 13.243, 11 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm). Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015**. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm). Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%Aancia%2C%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>. Acesso em: 08 de julho de 2017.

COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e na teoria do decrescimento. **Revista Veredas do Direito**. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 133-153, 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/39/showToc>. Acesso em: 15 maio 2017.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. Deocleciano Torrieri Guimarães (org.). 12. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

JONAS, Hans, 1903-1993. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica / Hans Jonas; tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pargentino Stefano Pivatto (coord.). LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: Ensaio sobre a alteridade. Tradução de Pargentino Stefano Pivatto (coord.). KUIAVA, Evaldo Antônio; NEDEL, José; WAGNER, Luiz Pedro; PELIZOLLI, Marcelo Luiz. Petrópolis/SP: Vozes, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. ONU, Brasil, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica Laudato Si à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Veredas do Direito**. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 29-65. 2015. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/37/showToc>. Acesso em: 08 jul. 2017.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Carlos Fernando Cruz da; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; 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 *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 03, Tomo II, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, 2015. p. 91-106. 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: 09 jul. 2017.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental**: no contexto da sociedade de risco. Salvador: JusPODIVM, 2014.



# **A participação popular no licenciamento ambiental: a busca da efetivação do desenvolvimento sustentável**

Popular participation in environmental licensing: the search for the effectiveness of sustainable developmen

## **Francis de Almeida Araújo Lisboa**

Assistente Social; advogada; especialista em Métodos e Técnicas de elaboração de projetos sociais e em gestão de políticas sociais pela PUC/MG. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC (Belo Horizonte- MG). Grupo de Pesquisa: A Mineração e o Desenvolvimento Sustentável nos Tribunais. E-mail: fran\_ctga@hotmail.com

## **Thaís Aldred Iasbik**

Advogada. Pós-Graduanda em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC/MG. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC (Belo Horizonte- MG). Pesquisadora do CEBID. E-mail: aldrediasbik@yahoo.com.br

**Resumo:** A participação popular a partir da Constituição Federal de 1988 torna-se fundamental para a concretização da gestão pública no âmbito administrativo. Nesse sentido, o artigo visa analisar a efetividade do desenvolvimento sustentável a partir do licenciamento ambiental, tendo como instrumentos as audiências e as consultas públicas. Como problema, toma-se a discussão se as audiências e consultas públicas no licenciamento ambiental garantem na prática o desenvolvimento sustentável a partir da participação popular. Para tanto, recorreu-se à metodologia teórico-dogmática com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Assim, concluiu-se ser a participação popular no licenciamento ambiental, na garantia do desenvolvimento sustentável, viável social e juridicamente, pois tem motivado a geração de demandas compatíveis com as necessidades de minorias políticas.

**Palavras-chave:** Audiências públicas. Consultas públicas. Licenciamento ambiental. Participação popular. Desenvolvimento sustentável.

**Abstract:** The popular participation from the Federal Constitution of 1988 becomes fundamental for the accomplishment of the public management in the administrative scope, in this sense the article aims to analyze the effectiveness of the sustainable development from the environmental licensing, having like instruments the audiences and the public consultations. As a matter of discussion, public hearings and consultations on environmental licensing guarantee sustainable development from popular participation. For that, we used the theoretical-dogmatic methodology with deductive reasoning and bibliographical and documentary research technique. Thus, it was concluded that popular participation in environmental licensing in the guarantee sustainable development is feasible socially and legally, as it has motivated the generation of demands compatible with the needs of political minorities.

**Keywords:** Public hearings; Public consultations, Environmental licensing; Popular participation; Sustainable development.

## **Introdução**

Ao buscar a efetividade do desenvolvimento sustentável, a Constituição Federal de 1988 concretiza princípios que garantem o exercício da democracia

direta como a participação popular no âmbito ambiental, mais precisamente, no licenciamento ambiental, por meio de consultas e audiências públicas, que são instrumentos fundamentais na sociedade democrática.

No Direito Ambiental há instrumentos que subsidiam a busca do desenvolvimento sustentável nas esferas socioambiental e econômica, sendo as audiências e consultas públicas aparatos normativos comprometidos com os ideais democráticos asseguradores da cidadania no tocante ao licenciamento ambiental.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo a análise da efetividade do desenvolvimento sustentável a partir do licenciamento ambiental, tendo como instrumentos as audiências e as consultas públicas.

Para tanto, levanta-se como indagação da discussão se as audiências e consultas públicas no licenciamento ambiental garantem na prática o desenvolvimento sustentável a partir da participação popular.

Sendo assim, este artigo buscará, em seu desenvolvimento, confirmar a participação popular no licenciamento ambiental na garantia do desenvolvimento sustentável viável social e juridicamente, pois tem motivado a geração de demandas compatíveis com as necessidades de minorias políticas.

Este visa recorrer à metodologia teórico-dogmática com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Este trabalho explora o universo transdisciplinar, vez que as investigações depreendem o estudo da Ciência Política, da Sociologia, intercruzando informações com searas jurídicas como o Direito Ambiental, Direito Constitucional e o Direito Administrativo.

Assim, para alcançar o objetivo geral do artigo, esse será dividido em três tópicos, sendo o primeiro responsável por discutir as audiências e consultas públicas no âmbito do licenciamento ambiental. Já o segundo irá discorrer sobre o princípio da participação popular enquanto pressuposto qualitativo para materialização da gestão democrática no direito ambiental. E o terceiro apresenta o desenvolvimento sustentável como meta da participação popular no licenciamento ambiental.

# 1 As audiências e consultas públicas no âmbito do licenciamento ambiental

A Constituição Federal de 1988<sup>550</sup> estabelece em seu artigo 225 que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, impondo-se a toda coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Essa previsão constitucional evidencia a característica de universalidade do direito envolvido e a extensão dos deveres relacionados à sua garantia. Inequívoco que o meio ambiente ecologicamente equilibrado se caracteriza como um direito fundamental de terceira dimensão, assim identificados aqueles que transcendem das dimensões individualistas ou sociais e revelam a consciência de que o homem deve preservar os recursos que visam a atender à universalidade de pessoas.

A vertente adotada pelo regime constitucional vigente converge para o modelo democrático, que caracteriza a opção do constituinte originário, segundo o qual todo o poder emana do povo, que poderá exercê-lo diretamente, nos termos do parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Essa diretriz estabelecida pelo regime constitucional vigente se fez refletir na legislação do processo administrativo, em cujo artigo 33 da Lei nº 9.784/1999 determina que “os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”<sup>551</sup>. A gestão dos recursos naturais, sobretudo nos casos de significativo impacto ambiental, foi desde a origem definida pelo Constituinte como matéria relevante para promoção de consultas públicas.

O teor, portanto, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre o princípio constitucional da gestão democrática dos recursos naturais, postulado pela Organização das Nações Unidas como princípio do Direito Ambiental:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados.

---

550 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

551 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.



No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos<sup>552</sup>.

A sistemática estabelecida pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, desde 1986, já propugnava, conforme regra definida pelo segundo parágrafo do artigo 11, da Resolução CONAMA nº 01/1986<sup>553</sup>, pela participação popular no licenciamento ambiental. Nesse sentido, a figura da audiência pública foi entendida, nos termos da Resolução CONAMA nº 09/1987<sup>554</sup>, pela finalidade de expor aos interessados o conteúdo dos estudos ambientais, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito da obra ou atividade do empreendimento proposto por meio do licenciamento ambiental.

O CONAMA, segundo disposto na Resolução nº 237/1997, passou a abordar a participação popular no processo decisório como possível etapa do licenciamento ambiental:

Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

[...]

V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas,

---

552 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Organização das Nações Unidas. ONU, 1992. Disponível em: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambiente\\_Desenvolvimento.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf). Acesso em: 9 abr. 2019.

553 BRASIL /CONAMA. **Resolução 01, de 23 de janeiro de 1986**.

554 BRASIL /CONAMA. **Resolução 09, de 03 de dezembro de 1987**.

quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios<sup>555</sup>.

A participação popular no processo de licenciamento ambiental, todavia, pressupõe a publicidade geral dos atos, nos termos dos artigos 3º e 10, II, da Resolução CONAMA nº 237/1997, para que seja possível aos cidadãos a manifestação para participação do processo decisório. A esse respeito, o modelo atual é visto por Christmann<sup>556</sup> como meramente formal, tendo em vista que não interfere, efetivamente, tal como pretendido pelos cidadãos afetados pela obra ou atividade do empreendimento.

Todavia, em que pese não assumir peso decisório no processo de licenciamento ambiental, a participação popular influencia o órgão ambiental, que levará em consideração as contribuições da comunidade envolvida, posto que se constitui como informação dos impactos previstos do empreendimento sobre o ambiente, inclusive humano da área das obras e atividades a serem realizadas.

A publicidade, nesse aspecto, e tendo em vista o pressuposto constitucional de participação popular, é um princípio geral da Administração pública, que viabiliza o controle institucional, bem assim dos órgãos externos, e dos cidadãos, sejam ou não atingidos pela obra ou atividade potencialmente causadora de impacto sobre o ambiente. Paulo Affonso assim avalia a participação popular no processo de licenciamento ambiental:

Tem sido valorizada como eficiente técnica ambiental a divulgação preliminar dos projetos que possam trazer danos ao ambiente. Esse aspecto do procedimento administrativo vem revelar uma maior integração da comunidade com a Administração, possibilitando uma contínua e não episódica troca de informações. Não só os integrantes

---

555 BRASIL/CONAMA. **Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997**. A nível estadual, MINAS GERAIS. Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM. **Deliberação Normativa Copam nº 225, de 25 de julho de 2018**. Dispõe sobre a convocação e a realização de audiências públicas no âmbito dos processos de licenciamento ambiental estadual. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=46218>. Acesso em: 14 abr. 2019.

556 CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. Democracia deliberativa e participação popular no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiros/SC: desafios e possibilidades. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n.20, p.111-144. Julho/Dezembro de 2013, p. 139.

da Administração são chamados a opinar e a refletir, mas também os que possa ser atingidos pela decisão.

[...]

A adoção do princípio da publicidade coloca em prática o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama o direito de receber informações e opiniões e de divulgá-las, sem limitação de fronteiras.<sup>557</sup>

A publicidade e a participação popular, portanto, são elementos essenciais do processo de licenciamento ambiental. Com efeito, se da publicidade não ocorre manifestação de pessoa ou instituição interessada quanto à realização de audiência pública, poderá o órgão ambiental determinar a sua realização, caso repute conveniente ou necessário no momento decisório em âmbito de análise do requerimento de licença ambiental, como forma de materializar o princípio da gestão democrática dos recursos naturais, conforme será evidenciado no tópico seguinte.

## **2 A participação popular como forma de materializar o princípio da gestão democrática dos recursos naturais**

A CF/88 estabelece o Estado Democrático de Direito. Introduz a democracia participativa na gestão pública administrativa por meio do princípio da participação popular e, ao garantir o pleno exercício da cidadania, coloca o cidadão na cena política.

Dessa forma, elege a democracia como forma de exercício do poder. Para Kelsen “a democracia é, sobretudo um caminho: o da progressão para a Liberdade”<sup>558</sup>.

Vale destacar que a participação popular “representa um avanço nas formas de controle da Administração. Por intermédio de institutos de participação, a

---

557 MACHADO, Paulo Afonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 174-175.

558 KELSEN apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 287.

coletividade passa a fiscalizar ativamente os desvios e abusos eventualmente cometidos pela Administração Pública”<sup>559</sup>.

O papel do cidadão não se restringe mais ao voto, passa a ser primordial sua participação em todas as funções do Estado, ao Legislativo o referendo, a iniciativa popular de lei, o plebiscito, além da fiscalização do Executivo; ao Judiciário as ações populares, mandados de segurança, entre outros; à Administração Pública funções decisórias, consultivas ou de controle<sup>560</sup>.

Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito se direciona à formação de uma sociedade mais cidadã e visa mudanças estruturais de poder, o desafio da gestão pública é promover o exercício pleno da democracia participativa a partir de instrumentos como conselhos gestores, audiências e consultas públicas as quais possibilitarão que se elejam políticas públicas e sociais mais próximas das aspirações sociais.

No entanto, há um percurso longo, pois ainda se convive com forte centralismo institucional e grandes estruturas burocráticas que inviabilizam na prática a gestão que se deseja democrática, a qual busca modificar suas prioridades e descentralizar o poder por canais participativos, procurando abandonar a tendência de se controlar o poder local para consagrar a democratização plena do poder<sup>561</sup>.

Dessa forma: “Para que mude esta cultura clientelista e de favores, é necessário: estimular canais de participação individuais e de estimular os cidadãos a intervir coletivamente na definição, execução e controle das políticas públicas”<sup>562</sup>.

---

559 PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62-63.

560 PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62-63.

561 BITTAR, Jorge e COELHO, Franklin Dias. Gestão democrática, inversão de prioridades e os caminhos da administração pública municipal. *In*: Ribeiro, Luiz César de Queiroz; SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos (org.). **Globalização, Fragmentação e reforma urbana**. O futuro das cidades brasileiras na crise. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 1999.

562 BITTAR, Jorge e COELHO, Franklin Dias. Gestão democrática, inversão de prioridades e os caminhos da administração pública municipal. *In*: Ribeiro, Luiz César de Queiroz; SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos (org.). **Globalização, Fragmentação e reforma urbana**. O futuro das cidades brasileiras na crise. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 1999. p. 339.

É fundamental que se contraponha ao clientelismo incutido na política brasileira, assim, instrumentos como conselhos gestores, audiências e consultas públicas surgem como necessários para fortalecer o protagonismo da sociedade civil fortalecendo a cidadania em favor da soberania popular controladora da gestão pública.

A soberania popular é ponto central da democracia na CF/88, pois empodera o povo para seu exercício por meio da determinação prescrita no parágrafo único do artigo 1º do texto constitucional de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>563</sup>.

Ora, não se pode olvidar a importância dessa norma, tampouco banalizar esse enunciado, visto que o poder pertence de forma integral ao povo e, como único soberano poderá delegá-lo, excepcionalmente, para melhor satisfação dos seus interesses. Nesse sentido, é importante ressaltar:

Hoje a Participação Popular na Administração Pública deve ser considerada como mecanismo de identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, ao decréscimo da discricionariedade, atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses, mas também tem que ser vista como uma das linhas de evolução da Administração Pública contemporânea<sup>564</sup>.

A CF/88 recorreu a mecanismos que deram à sociedade civil elementos para promover o controle social junto à Administração Pública, pois esses possibilitam defesa concreta e direta de seus interesses que anteriormente ficavam sob o manto do âmbito judicial. A título de exemplo desses mecanismos

---

563 BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 9 jul. 2017.

564 LUZ, Ebe Pimentel Gomes; LUZ, Lucas Pimentel Gomes; VIEIRA, Lara Fernandes. O Princípio da Participação Popular e a denúncia como mecanismo de controle da Administração Pública. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3 Tomo I (versão português), 2015. p. 225. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-%E2%80%93-Tomo-I.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2018.

tem-se o mandado de segurança proclamado no artigo 5º, constitucional em seu inciso LXIX.

Institutos como audiências e consultas públicas, no caso em questão do licenciamento ambiental, são eficientes mecanismos de controle social pois possibilitam que a gestão se torne realmente pública e próxima da realidade da sociedade, sendo instrumentos de participação igualitária entre Poder Público e povo.

Assim, pode-se concluir que na CF/ 88 a democracia participativa sintetiza a democracia direta com a representativa, favorecendo a participação cidadã na gestão pública, por instrumentos como orçamento participativo, conselhos gestores, audiências e conselhos públicos e os já consagrados da democracia direta como plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei e outros. Logo, visa um equilíbrio entre forma direta e indireta de democracia, de acordo com Paulo Bonavides<sup>565</sup>.

Portanto, é necessário e colocar a participação no centro da teoria democrática e entendê-la com soberania por meio do encadeamento entre democracia direta e democracia participativa.

Na seara ambiental, a participação popular é um princípio extremamente relevante, pois conforme Norma Sueli Padilha, os princípios conferem unidade ao Ordenamento jurídico e são essenciais para integração e interpretação da ordem jurídica<sup>566</sup>. Os princípios representam, portanto, os valores que o Direito visa realizar.

Princípios e regras fornecem autonomia a disciplinas como o Direito ambiental que na CF/88 encontram os princípios fundamente dessa ciência, mas cumpre destacar que essa se ampara em várias outras leis infraconstitucionais que juntas lhe proporciona unidade<sup>567</sup>. A CF/88 estabelece, por meio do artigo 225, um novo ramo do Direito que visa por intermédio de princípios e regras proteger o meio ambiente. Assim, “[...]”

---

565 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

566 PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

567 COSTA, Beatriz Souza. *Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

o Direito Ambiental, tal, considerado um direito autônomo, deve possuir princípios que o estruturam e leis que o regulam”<sup>568</sup>.

Objetivando a garantia, a preservação e a manutenção da qualidade de vida pra as presentes e futuras gerações, os princípios ambientais e os econômicos e visam o desenvolvimento sustentável.

Assim, a soberania popular, o princípio da dignidade da pessoa humana e cidadania consagrados no texto constitucional de 1988, legitimou o princípio da participação popular, redirecionando as relações entre Estado e sociedade civil rumo a uma democracia participativa.

Infere-se, portanto, que a participação popular visa uma nova relação Estado e sociedade civil, se transformando em elemento imprescindível para a defesa do meio ambiente por meio de instrumentos dentre eles, audiências e consultas públicas no âmbito do licenciamento ambiental. Vale destacar:

In the Democratic and Social Environmental Rule of Law ( ), citizens have the right (and the obligation) to take part in decisions that may affect environmental balance. There are several mechanisms to protect the environment that allow for the effective application of the democratic principle (or the democratic participation)<sup>569</sup>.

Denominada princípio democrático a participação popular foi expressamente elencada no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 ao demandar a toda a sociedade o dever de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, buscando efetivar plenamente essa conquista constitucional a Declaração das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992, expressamente a prescreve em seu artigo 10:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e

---

568 COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal, Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 26.

atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos<sup>570</sup>.

Depreende-se do artigo 10 da Declaração das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 que informação adequada nas audiências e consultas públicas é fundamental para a participação popular plena, pois é necessária a análise crítica e qualificada dos dados apresentados à sociedade civil, possibilitadora da democracia participativa eficaz.

O artigo 225, §1º, inciso IV da CF/88, prescreve que para se instalar empreendimentos de significativo impacto ambiental, o Poder Público deve exigir, de acordo com a lei, o estudo de impacto ambiental, sendo fundamental para sua validade a realização, após o estudo, de audiência pública.

Assim, no caso dos licenciamentos ambientais, as audiências e consultas públicas objetivam, de acordo com o já explicitado no item anterior, apresentar aos interessados o teor do EIA por meio do RIMA, esclarecendo dúvidas e selecionando as sugestões e recolhendo as críticas referentes ao empreendimento, as quais constarão na ata que será a base junto com o RIMA, para apreciação do parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto.

Dentre os instrumentos efetivos de participação popular, cabe salientar que a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/1985) em seu artigo 5º, incisos I e II, confere à sociedade civil a capacidade de propor ação civil pública contra danos ao meio ambiente.

Também a Lei nº 6.938/1981 em seu artigo 2º, inciso X, ratifica a participação popular ao afirmar que por meio da educação ambiental a sociedade civil poderá interferir ativamente nas decisões referentes ao meio ambiente, bem como o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) em seu artigo 8º.

No que tange a Lei nº 6.938/1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu capítulo referente aos instrumentos, artigo 9º, os incisos VII, XI e XII

---

570 MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1080-1081.



direcionam ao princípio da informação enquanto necessária para garantir a participação. Essa lei é complementada pela Lei nº 10.650/2003 que dispõe sobre o acesso ao público dos dados e informações ambientais dispostos no Sistema Nacional do Meio ambiente – SISNAMA<sup>571</sup>.

No caso das audiências e consultas públicas no licenciamento ambiental, a informação é de extrema importância para o EIA/RIMA, pois, por meio do RIMA, a sociedade civil tem acesso de forma objetiva e adequada aos resultados do EIA, podendo avaliar as vantagens e desvantagem do empreendimento apresentado<sup>572</sup>. Vale a ressalva:

A falta de informação impossibilitaria a participação popular nas audiências públicas previstas nos Estudos de Impacto Ambiental, na formulação de propostas nas reuniões dos Conselhos de Meio Ambiente, inviabilizando, por consequência, até mesmo o ajuizamento de ações populares ambientais ou ações civis públicas ambientais<sup>573</sup>.

Na atualidade, para a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental da pessoa humana, é necessária a informação, pois essa será basilar para o processo de conscientização quanto à participação popular. O objetivo primordial da informação na seara ambiental é possibilitar seja na esfera individual ou coletiva, a preservação do meio ambiente<sup>574</sup>.

Portanto, a função da informação adequada para a participação popular é permitir o protagonismo da sociedade civil junto ao Poder Público nas questões ambientais. Para tanto, a concretização da democracia participativa por meio da efetivação da participação pública é fundamental para a garantia do desenvolvimento sustentável, assunto do próximo tópico.

---

571 MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1080-1081.

572 MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1080-1081.

573 FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 157.

574 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

### 3 O desenvolvimento sustentável enquanto meta da participação popular no licenciamento ambiental

A questão ambiental abrange diversas variáveis, abarcando áreas como, cultural, econômica e social, tendo em vista que o ambiente está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento, uma vez que abarca a decisão como um todo.

As procuras ao desenvolvimento sustentável provêm da necessidade de um meio ambiente equânime, relacionado ao contexto social e ao combate das desigualdades ressaltado em seu conceito.

Nesse sentido, Silva, Lourenço e Silva conceituam o desenvolvimento como:

Resultado da interação social em um determinado espaço, com bases culturais “cultivadas” no decorrer do tempo, com finalidades econômicas e obedecendo às instituições reconhecidas naquela sociedade e considerando a manutenção do estoque ambiental existente<sup>575</sup>.

Infere-se que, de forma contraditória, o interesse econômico surge como premissa, em detrimento da adequação à sustentabilidade, acarretando um desacolhimento a novas oportunidades para a sustentabilidade.

Nesse contexto, observa-se também a influência política diante de uma sociedade carente de organização para realização de transmutações em um Estado democrático de direito, com pessoas que não possuem o mesmo nível de conhecimento, que precisam unir forças para alternativas à pressão exercida sem uma consciência crítica adequada ao contexto social.

Nessa perspectiva, Luiza Landerdahl Christmann assevera:

Nota-se, portanto, que essa perspectiva dúplice visualiza o reforço das estruturas comunicativas da esfera pública, em conjunto com a pressão social exercida pela formação da opinião pública, como uma

---

575 SILVA, Christian Luiz da; LOURENÇO Marcus Santos; SILVA, Heloisa de Puppi e. A ação do Estado em consequência da interação e interdependência das dimensões do desenvolvimento sustentável: um modelo econométrico e analítico dos equipamentos urbanos *In*: OLIVEIRA, Gilson Batista de; SOUZA-LIMA, José Edmilson de (org.). **O desenvolvimento sustentável em foco** - uma contribuição multidisciplinar. Curitiba/São Paulo: Annablume, 2006. p. 121.

possibilidade de ampliação e radicalização dos direitos fundamentais. Essa perspectiva promove um movimento de contínuo processo de democratização, visto que possibilita a ampliação dos espaços de deliberação, com a inclusão de novos participantes e temas<sup>576</sup>.

Percebe-se que é antagônica a qualidade política se comparada à pobreza política, em que pese a capacidade de inserção coletiva para a participação popular de uma sociedade emergente suscitando sua própria história.

A participação popular propicia ao cidadão ser administrador da construção do desenvolvimento, resgatando a autonomia criativa bem como a preparação de um sujeito crítico, capaz de influenciar em decisões.

A efetivação do desenvolvimento sustentável surge como meta para a participação popular, no que tange a avaliação de projetos e estudos de impacto, com designio crítico para o sucesso e harmonização com a população que enfrenta os percalços de um planejamento sem a participação dos cidadãos.

Essa meta existe quando há participação de grupos sociais ou temas excluídos que são cobrados das políticas públicas, que postulam pelo diálogo e debate, dando voz a essa parcela nas negociações, exercendo de forma expressa a participação popular, nos debates, consultas e audiências públicas.

O desenvolvimento sustentável subentende o comprometimento da sociedade para estabelecer limites ao crescimento, abrangendo uma ética discursiva, respeitando os limites culturais e sociais.

Frise-se que barreiras devem ser quebradas devido ao declínio de consciência da sociedade em relação ao poder depredador do desenvolvimento e suas consequências muitas vezes irreversíveis.

Para retroceder a esse cenário e conseqüentemente à busca de novos paradigmas, é necessário estimular a participação social, resgatando cidadania e disseminando o acesso às informações, a fim de alcançar efetivamente a sustentabilidade.

A participação arrazoa o controle do Estado, podendo ser estimulada por conselhos gestores, consulta por meio de orçamento participativo

---

576 CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. Democracia deliberativa e participação popular no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiros/SC: desafios e possibilidades. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.20, p.111-144, Julho/Dezembro de 2013. p. 122.

dentre outros, que são capazes de produzir efeitos perceptíveis ao desenvolvimento.

## **Considerações finais**

O processo de redemocratização brasileiro responsável por inaugurar o Estado Democrático de Direito se consagra a partir da CF/88, a qual elege a participação popular como necessária para a gestão pública participativa. Assim, na democracia participativa, a soberania popular é um instituto fundamental de controle estatal.

No que se refere ao meio ambiente, a CF/88 o legitima no artigo 225 enquanto direito fundamental, sendo sua manutenção dever do Poder Público e da sociedade civil, pois a preservação ambiental é um compromisso solidário e constitucional de participação popular.

Nesse sentido, a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado junto ao crescimento econômico e à equidade social é um desafio para a concretização do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável traz uma nova forma de posicionamento diante do mundo, pois requer mudanças de atitudes em relação ao consumo, ao meio ambiente, à educação e ao processo econômico. A participação popular é fundamental para essa mudança de paradigma, pois a partir da tomada de conhecimento sobre os assuntos socioambientais é que se poderá atuar de forma sustentável sobre a gestão dos recursos.

No entanto, para a garantia social e democrática de participação popular, é essencial o engajamento pessoal de cada indivíduo. A seara ambiental é fundamental para o desenvolvimento sustentável garantidor das dimensões econômicas, ambientais e sociais.

O constituinte determinou que no tocante à gestão de recursos naturais, principalmente, nas atividades que ocasionassem significativo impacto ambiental, seriam matérias importantes para a realização de consultas públicas.

A participação popular no licenciamento ambiental se concretiza na figura da audiência pública, que tem por objetivo expor aos interessados/afetados os estudos ambientais, sanando as dúvidas e também ouvindo a manifestação

desses sobre a obra ou atividade do empreendimento proposto por meio do licenciamento ambiental.

A participação popular pressupõe a publicidade geral dos atos e também se efetiva como uma via facilitadora da promoção da manifestação dos cidadãos e participação no processo decisório.

Apesar de não ter peso decisório no licenciamento ambiental, a participação popular influencia o órgão ambiental que levará em consideração todo o exposto pelos cidadãos para exprimir sua decisão. A publicidade e a participação popular são elementos essenciais do processo de licenciamento ambiental.

É um instituto conflituoso, pois carrega dentro de si divergências políticas, culturais e sociais no caso do licenciamento ambiental e, muitas vezes, perde o real intuito do licenciamento ambiental, qual seja, o desenvolvimento sustentável.

A demanda por uma sociedade igualitária e correspondente ao desenvolvimento sustentável influi nas relações entre o poder Estatal e a participação social, postulando por valores éticos, sociais e culturais. A idealização de uma sociedade participativa e sustentável engloba a participação popular regatando o Estado democrático de Direito.

O meio ambiente e o desenvolvimento estão presentes em todos os níveis da sociedade, acarretando novos paradigmas e a necessidade de repensar o modelo de desenvolvimento com base somente em interesses econômicos, em detrimento de uma sociedade sustentável, portanto, a participação popular no licenciamento ambiental na garantia desenvolvimento sustentável se faz extremamente necessária e viável tanto social, como jurídica, pois tem motivado a geração de demandas compatíveis com as necessidades de minorias políticas, garantindo, assim, a efetividade de uma nova sociedade.

## Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Organização das Nações Unidas. ONU, 1992. Disponível em: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambiente\\_Developolvimento.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developolvimento.pdf). Acesso em: 9 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. **Resolução 01, de 23 de janeiro de 1986**. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental-RIMA. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. **Resolução 09, de 03 de dezembro de 1987**. Dispõe sobre as audiências públicas. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>. Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA. **Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997**. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 1 set. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6.938htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6.938htm). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm). Acesso em: 14 abr. 2018.

BONAVIDES Paulo. **Ciência Política**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BITTAR, Jorge. COELHO, Franklin. Gestão democrática, inversão de prioridades e os caminhos da administração pública municipal. *In*: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos (org.). **Globalização, Fragmentação e reforma urbana. O futuro das cidades brasileiras na crise**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 1999, p. 327-350.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. Democracia deliberativa e participação popular no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiros/SC: desafios e possibilidades. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n. 20, p. 111-143. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/282/364>. Acesso em: 09 jul. 2017.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal, Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LUZ, Ebe Pimentel Gomes; LUZ, Lucas Pimentel Gomes; VIEIRA, Lara Fernandes. O Princípio da Participação Popular e a denúncia como mecanismo de controle da Administração Pública. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3 Tomo I (versão português), 2015. p. 223-246. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-%E2%80%93-Tomo-I.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à Informação e Meio Ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM. **Deliberação Normativa Copam nº 225, de 25 de julho de 2018**. Dispõe sobre a convocação e a realização de audiências públicas no âmbito dos processos de

licenciamento ambiental estadual. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=46218>. Acesso em: 14 abr. 2019.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira; THOMÉ, Romeu. Community Participation in The Environmental Impact Assessment as a Democratic Mechanism to Insure Social- Environmental Rights. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.13, nº 25, p. 69-91. Janeiro/Abril de 2016. Disponível em: [www.domhelder.edu.br/mestrado](http://www.domhelder.edu.br/mestrado). Acesso em: 09 jul. 2017.

SILVA, Christian Luiz da; LOURENÇO Marcus Santos; SILVA, Heloisa de Puppi e. A ação do Estado em consequência da interação e interdependência das dimensões do desenvolvimento sustentável: um modelo econométrico e analítico dos equipamentos urbanos *In*: OLIVEIRA, Gilson Batista de; SOUZA-LIMA, José Edmilson. de. (org.). **O desenvolvimento sustentável em foco - uma contribuição multidisciplinar**. Curitiba/São Paulo: Annablume, 2006. p. 117-142.



# **Licitações sustentáveis: a gestão pública das finanças estatais orientada ao desenvolvimento econômico sustentável**

Sustainable bidding: public management of the state finances oriented to sustainable economic development

## **Igor Jotha Soares**

Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade e graduado em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara, (ESDHC). Especialista em Direito Privado com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes-RJ, (UCAM). Integrante do grupo de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA.

E-mail: igorjotha@gmail.com

## **Júlio César de Souza**

Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Bacharel em Direito e Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Integrante do grupo de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA.

E-mail: juliocesarufop@gmail.com

**Resumo:** O Estado possui um papel primordial como agente regulador e de fomento do mercado. A adequada gestão das finanças públicas passa pelo efetivo gerenciamento dos gastos públicos, e as licitações sustentáveis ingressam nessa perspectiva na medida em que é o instituto responsável pela execução das políticas públicas. Nessa toada, a sustentabilidade ambiental é diretriz a ser observada para que o crescimento econômico tenha efetividade. Este artigo analisará a licitação sustentável enquanto instituto promotor da sustentabilidade ambiental nas finanças públicas estatais. Adota-se o método analítico e interpretativo, pesquisa descritiva e de levantamento bibliográfico. Conclui-se que o desenvolvimento nacional sustentável passa pelo crivo da adequada gestão das finanças públicas, a ensejar as compras públicas sustentáveis.

**Palavras-chave:** Poder Público. Gestão de Finanças Públicas. Desenvolvimento Nacional Sustentável. Licitações Sustentáveis. Políticas Públicas.

**Abstract:** The state has a primary role as a regulatory agent and also market development. The proper management of public finances goes through the effective management of public expenditures and sustainable bidding for this perspective insofar as it is the institute responsible for the execution of public policies. The moment, the environment sustainability is guideline to be observed for economic growth to be effective. This article will analyze the sustainable bidding as institute promoting environmental sustainability in state public finances. The analytical and interpretive method is adopted descriptive research and bibliographical survey. Conclude that the sustainable national development passes through the sieve of the adequate management of the public finances and to provide sustainable public purchasing.

**Keywords:** Public Power. Public Finance Management. Sustainable National Development. Sustainable Bids. Public Policy.

## **Introdução**

O instituto da licitação é um dos instrumentos mais utilizados pela Administração Pública para a consecução de políticas públicas. Quando o Poder Público pretende adquirir um produto, contratar um serviço, construir uma obra pública etc., é a licitação que dará suporte a tal desiderato.

No entanto, as políticas públicas em matéria ambiental ganharam bastante oxigênio nos últimos tempos. As várias convenções internacionais sobre a proteção ambiental tornaram o âmbito de sua aplicação um elemento de conexão com a legislação brasileira.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (12.305/10), a Lei da Política Nacional sobre a Mudança do Clima (12.187/09) e a Lei geral de licitações (8.666/93), dentre outras, configuram a estrutura jurídica que traça novas diretrizes para uma releitura do instituto da licitação pública rumo ao desenvolvimento nacional sustentável.

Nessa toada, este artigo trata do instituto da licitação como instrumento de operabilidade da sustentabilidade ambiental na efetiva gestão das finanças públicas, visando a ótica econômica, social e ecológica.

Destarte, a problemática na tratativa do tema configura em perquirir se as compras públicas podem redimensionar as finanças públicas ensejando o desenvolvimento sustentável.

Na prática, existe certa morosidade e as licitações sustentáveis não são aplicadas, sob o argumento de insuficiência regulatória e colisões principiológicas, e como provável hipótese, demonstrar-se-á que isso não pode persistir, haja vista que o princípio da sustentabilidade ambiental é de aplicabilidade direta e imediata e que as finanças públicas podem e devem ser usadas para implementação da sustentabilidade ambiental por parte do Poder Público.

O tema é de suma importância para os gestores públicos, especialmente os que cuidam das contratações públicas. Portanto, o objetivo é alçar a bandeira reflexiva de que o burocratismo exacerbado não pode impedir a prática das licitações sustentáveis.

Adotar-se-á o método analítico e interpretativo, bem como pesquisa descritiva e de levantamento bibliográfico. O presente trabalho possui como marco teórico a obra de Freitas<sup>577</sup>.

---

577 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

# 1 As licitações públicas no direito brasileiro – Breves considerações

O Poder Público exerce várias atividades sempre com o escopo do interesse público. Porém, quando se almeja contratar, seja um serviço, uma obra, ou até mesmo a aquisição de algum bem ou produto, surge o instituto da licitação pública. Ao contrário do particular, que goza da discricionariedade para realizar tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública deve obediência à lei, ou seja, pode realizar somente o que está previsto em lei. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>578</sup>, torna obrigatória a licitação, nesses termos:

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tradicionalmente, pode-se conceituar licitação como o procedimento administrativo para a aquisição de bens ou contratação de serviços ou obras, que visa a seleção da melhor proposta para a Administração Pública, em obediência aos princípios constitucionais.

Justem Filho<sup>579</sup> assim conceitua:

---

578 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

579 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 335-336.

[...] A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. [...]

O autor, acertadamente, já considerou na conceituação do instituto da licitação as inovações trazidas pela Lei n. 12.349/2010, a qual incluiu, entre as diretrizes aplicáveis às licitações, o Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável.

Portanto, a lei geral das licitações (8.666/1993), com essas novas diretrizes, assim conceitua licitação:

[...] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos<sup>580</sup>.

A Lei n. 12.349/2010 introduziu significativas alterações nas contratações públicas visando o desenvolvimento sustentável do País. Será sobre essas e outras implicações que nos debruçaremos mais adiante.

Dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.666/93 que os destinatários da licitação são: “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Portanto, todas essas entidades estão obrigadas a licitar.

---

580 BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Lei geral de licitações e contratos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 jun. 2017.

Conclui-se, portanto, que a sustentabilidade ambiental é também uma diretiva a ser perscrutada nas licitações públicas, já que essas são responsáveis pela execução das políticas públicas.

No capítulo a seguir, para a correta compreensão do tema, tratar-se-á sobre as licitações e políticas públicas e a junção dos institutos com orientação à sustentabilidade ambiental.

## **2 As licitações sustentáveis enquanto políticas públicas e a gestão das finanças estatais rumo ao desenvolvimento econômico sustentável**

A Revolução Industrial e o modo de economia do capitalismo exacerbado agravaram as degradações ambientais. Nessa perspectiva, o direito do ambiente ganhou amplitude e reconhecimento internacional nas últimas décadas, pois é visível que existe uma responsabilidade universal. Respeitáveis são os comentários de Freitas<sup>581</sup>:

Ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será extinto. *A humanidade é que corre real perigo.* A gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais. O peso dessa ou daquela causa, sim, pode ser debatido, mas a crise ambiental é indesmentível. Negar, nessa altura, os malefícios dos milhões de toneladas de gases tóxicos (com os enormes custos associados) parece atitude despida de mínima cientificidade. Provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade simplesmente pode inviabilizar a sua permanência na terra, por obra de desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante, compulsivo e pouco amigável. O alerta está acionado.

No Brasil, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81) alocou o meio ambiente como bem jurídico autônomo, de que é titular toda a coletividade, tanto a presente quanto as futuras gerações. Em seguida, com a

---

581 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 23-24.

promulgação da Constituição da República de 1988, que tratou sobre o tema em capítulo próprio (art. 225), alçou-o à qualificação como um direito à vida.

Sobre o tema, discorre Costa<sup>582</sup>:

Considerar o meio ambiente um direito à vida, como afirmado por Antônio Augusto Cançado Trindade, vem também de uma convicção das Nações Unidas, a qual declara que não é somente o indivíduo que detém o direito à vida, mas também todos os povos. Logo, todas as exigências para essa sobrevivência incluem o meio onde vive esse povo. Consequentemente, o meio ambiente sadio e o direito à paz são extensões do direito à vida.

Nesse diapasão, nasce uma nova diretriz, o desenvolvimento nacional sustentável. A sociedade deve, a partir de agora, conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental. O desenvolvimento só será desenvolvimento se se considerar a sustentabilidade ambiental.

Freitas<sup>583</sup>, sobre o conceito de desenvolvimento sustentável, assevera:

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

No entanto, ante esse novo ponto de vista, as licitações públicas possuem uma imensurável função no fomento do desenvolvimento sustentável. Para Ferreira<sup>584</sup>, a sustentabilidade ambiental não deve ser vista como obstáculo

---

582 COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137.

583 FREITAS, Juez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

584 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As Licitações Públicas e as novas Leis de Mudança Climática e de Resíduos Sólidos. *In*: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

para o crescimento econômico, mas sim deve ser tido como um instrumento para dar a necessária prudência à escolha dos rumos para o amanhã.

Silva e Veiga Júnior<sup>585</sup> comentam:

A perspectiva da sustentabilidade como objetivo comum para toda a humanidade é, pelo menos neste momento da história, a única esperança de corrigir em tempo o processo de deteriorização do Planeta. Necessidade essa que está aliada à capacidade que o homem tem de compreender que só ele é capaz de alterar o meio, caso contrário, pode resultar contraproducente a ele mesmo.

Nesse cenário surgem as licitações sustentáveis, também conhecidas popularmente como: “licitações verdes”, “ecolicitações”, “compras verdes” etc., como fruto de políticas públicas visando a correta e adequada gestão ambiental dos recursos públicos.

## 2.1 As licitações sustentáveis enquanto políticas públicas

Para Bliacheris<sup>586</sup>: “[...] As licitações sustentáveis são uma das políticas públicas para a preservação ambiental”, portanto, torna-se um dever, uma obrigação do gestor público promover, fomentar o desenvolvimento nacional por intermédio do instituto da licitação.

Com a nova diretriz rumo ao desenvolvimento sustentável, as políticas públicas ambientais passaram a incorporar a agenda ambiental, pois segundo Freitas<sup>587</sup>, “a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro”.

---

585 SILVA, Ildete Regina Vale da; VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da. Sustentabilidade e Fraternidade: Algumas reflexões a partir da proposta de um Direito Ambiental planetário. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8. n. 15, jan./jun. 2011. p. 28. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/204/164>. Acesso em: 27 jun. 2017.

586 BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações Sustentáveis: Política Pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. Belo Horizonte. Fórum, 2011. p. 137.

587 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 67.



Pensar em políticas públicas é tutelar direitos. É materializar esses direitos. Segundo a Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG)<sup>588</sup>, política pública:

[...] é o resultado de atividades políticas e de gestão pública na alocação de recursos e na provisão de bens e serviços públicos. Política pública pode ser entendida como um sistema de decisões públicas que visa manter ou modificar a realidade por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e de alocação dos recursos necessários para se atingir os objetivos estabelecidos.

Ribeiro<sup>589</sup> define políticas públicas:

[...] O termo política pública pode ser entendido como o conjunto de ações, baseadas na seleção de meios, adotadas por autoridades ou agentes público, para a realização de certos fins, relacionando-se, portanto, com os mecanismos que estão envolvidos os ocupantes de cargos públicos, para o alcance de determinados objetivos. [...].

A gênese das políticas públicas no Brasil remonta ao êxodo rural, onde as pessoas saíam do campo para residir nas cidades. Na década de 1930, 30% da população vivia nas cidades e 70% no campo. Após 50 anos, na década de 1980, esse quadro se reverteu, 70% passaram a morar na cidade e 30% no campo. O País deixava, então, uma economia agrícola para ingressar na industrial.

No entanto, as características do Estado nessa época eram traduzidas no desenvolvimento conservador. O governo da época modificou a economia sem se preocupar com a estrutura das relações sociais. Com isso, a era Vargas causou um viés autoritário às políticas públicas<sup>590</sup>.

---

588 ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS – ALMG. Disponível em: [http://politicaspublicas.almg.gov.br/sobre/index.html#O\\_que\\_e\\_politica\\_publica](http://politicaspublicas.almg.gov.br/sobre/index.html#O_que_e_politica_publica). Acesso em: 27 jun. 2017.

589 RIBEIRO, José Cláudio Junqueira. **Indicadores Ambientais** – avaliando a política de meio ambiente no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Semad, 2006. p. 74.

590 SALHEB, Gleidson José Monteiro *et al.* Políticas Públicas e Meio Ambiente: Reflexões Preliminares. **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Universidade Federal do Amapá, v. 1. n. 1, p. 7, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/57/v1n1Gleidson.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

Essa perspectiva autoritária refletiu na formulação das políticas públicas em matéria ambiental. Sobre o tema, assim assevera Salheb<sup>591</sup>:

[...] Como não podia deixar de ser, esse aspecto autoritário e conservador da origem das políticas públicas brasileiras também veio se refletir na política ambiental. Antes do advento da Constituição Cidadã de 1988 que prevê, ao menos formalmente, o direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, houve sucessivas etapas da política ambiental caracterizadas pela contradição e, por que não dizer, pela descontinuidade de algumas “conquistas” na área ambiental. [...]

Entrementes, as políticas públicas em matéria ambiental nascem permeadas por esse conservadorismo. Sobre essa gênese, Salheb<sup>592</sup>:

[...] A gênese da política ambiental brasileira, preocupada explicitamente com a proteção, conservação e uso dos recursos ambientais, pode ser datada do primeiro governo de Vargas. A partir desse momento, a política ambiental sofreu alterações significativas, culminando com a promulgação da Constituição de 1988. O início das ações governamentais no campo das políticas de meio ambiente corresponde à adoção, em 1934, do Código das Águas, do Código de Minas e do Código Florestal, além da criação, em 1937, do Parque Nacional de Itatiaia e da legislação de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional. De um modo geral, o primeiro momento da política ambiental brasileira foi marcado por duas preocupações básicas: a racionalização do uso e exploração dos recursos naturais e a definição de áreas de preservação permanente, estabelecendo, assim, alguns limites à propriedade privada.

---

591 SALHEB, Gleidson José Monteiro *et al.* Políticas Públicas e Meio Ambiente: Reflexões Preliminares. **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Universidade Federal do Amapá, v. 1. n. 1, p. 7-8, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/57/v1n1Gleidson.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

592 SALHEB, Gleidson José Monteiro *et al.* Políticas Públicas e Meio Ambiente: Reflexões Preliminares. **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Universidade Federal do Amapá, v. 1. n. 1, p. 8, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/57/v1n1Gleidson.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

Após esse cenário, ingressa no ordenamento jurídico a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, que consagrou, no País, as diretrizes para a preservação, recuperação e melhoria da qualidade ambiental propiciando a vida digna.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as questões ambientais ficaram ainda mais evidentes, destinou capítulo próprio para a tratativa do tema. O meio ambiente, a partir de então, passou a ser tutelado constitucionalmente, trazendo-se, assim, mecanismos de controle e proteção, determinando que políticas públicas em matéria ambiental sejam implementadas.

Isso posto, as políticas públicas podem ser classificadas em políticas públicas de Estado e políticas públicas de governo. As políticas de Estado são aquelas políticas públicas perenes e que estão positivadas na constituição, como exemplo: a saúde, a educação, a segurança, o meio ambiente etc. As políticas de governo são passageiras, e dependem da atual gestão para implementar aquilo que esteja no seu plano de governo.

A gestão ambiental, por intermédio das licitações sustentáveis, nesse sentido, faz parte de uma política de Estado, tendo em vista todo o arcabouço jurídico que tutela o tema. Com isso, conclui-se que o agente público não deve ser omissor ao implementá-la, sob argumento da existência de lacuna legislativa ou conflito principiológico.

## **2.2 Licitações sustentáveis: o estado de bem-estar social e as aquisições públicas enquanto fomento da economia**

O estado de bem-estar social pode ser definido como aquele em que o bem-estar dos indivíduos daquele determinado país é garantido por intermédio de políticas públicas. Nas palavras de Kerstenetzky<sup>593</sup> “O estado de bem-estar parece existir, de modo algo redundante, quando o Estado garante o bem-estar (estado ou condição de estar bem) dos cidadãos [...]”.

Todavia, o estado do bem-estar social foi construído ao longo de décadas e nos mais diversos países. E hoje, de fato, é o que perdura na nossa realidade

---

593 KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 2.

contemporânea. Um dos objetivos do bem-estar social é garantir a liberdade aliada ao bem-estar econômico dos cidadãos. Pode-se dizer que não é o estado mínimo nem o estado máximo, mas o estado necessário. Porém, e não menos importante, coloca-se em voga a discussão da proteção ambiental.

Sobre o tema, seguem as saudosas considerações de Jorge Miranda<sup>594</sup>:

[...] Ao mesmo tempo vai-se sabendo que o Estado social tem de ser também um Estado ambiental ou que um Estado ambiental não pode deixar de ser um Estado social, pela interconexão fortíssima entre o acesso aos bens ambientais e o acesso aos bens materiais e culturais. Na Alemanha, alude-se a um “direito a um mínimo ecológico de existência”, análogo ao “mínimo social de existência”, com base na dignidade da pessoa humana (que proíbe tomar o homem como objeto do mundo técnico-industrial. [...]).

No entanto, diante dessa perspectiva, o Estado torna-se ator protagonista na proteção ao meio ambiente. A Constituição da República de 1988 preconiza em seu artigo 225 que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição essencial à sadia qualidade de vida.

Todavia, sem a preservação ambiental não existe o exercício pleno dos outros direitos, pois a vida é condição *sine qua non* para a sua fruição. Sobre o tema, Costa<sup>595</sup> assevera que: “É correto afirmar que o direito à vida condiciona todos os demais direitos, mas o acesso a esse direito de defesa está intimamente ligado ao meio ambiente, que deve ser protegido de riscos ambientais sérios à vida”. Conclui a autora<sup>596</sup> dizendo que “o meio ambiente também deve ser protegido como direito de defesa da vida, ou melhor, como local fundamental do desenvolvimento da personalidade humana”.

---

594 MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. In: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 26. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

595 COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 162.

596 COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 162.

A sustentabilidade ambiental, nos seus vieses econômico, social e ecológico, quer dizer que o Estado necessita produzir riqueza e gerar qualidade de vida, e em concomitância preservar o meio ambiente tanto para presentes como para futuras gerações<sup>597</sup>.

O estado de bem-estar social rechaça a ideia de que o mercado, por si só, tem o condão de se autorregular. Entrementes, o papel do Estado é decisivo para a regulação do mercado mediante as políticas públicas promovidas.

Inarredáveis, são os comentários de Freitas<sup>598</sup>:

[...] Outro ponto: com o seu gigantesco poder de contratação, cumpre ao Poder Público influenciar a matriz produtiva, num foco de convergência para que os fornecedores, em geral, comecem a se tornar vigilantes quanto ao ciclo da vida dos produtos e serviços – desde a obtenção de matérias-primas e insumos, passando pelo processo produtivo e consumo até a disposição final. Trata-se de mudança de gestão que ostenta o condão de redefinir, na íntegra, o perfil das contratações públicas.

Com isso, as licitações sustentáveis tornam-se políticas públicas que ensejam a preservação do meio ambiente, na medida em que o Estado, ao implementá-las, fará com que o mercado se adapte às condições impostas, ocasião em que surgirão novos nichos de mercado. Aliás, o Estado, além de agente responsável pelo fomento da economia, é também agente regulador, e, por isso, as contratações administrativas devem seguir essas diretrizes, já que a sustentabilidade ambiental é, nas palavras de Freitas<sup>599</sup>, “valor supremo”.

No próximo capítulo estudaremos sobre a regulação e aplicação das licitações sustentáveis no direito brasileiro.

---

597 BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 23. set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

598 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 238-239.

599 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 235.

### 3 O arcabouço jurídico das licitações sustentáveis e a inexistência de conflito principiológico

Para Bliacheris<sup>600</sup>, “[...] a introdução de critérios de sustentabilidade nas contratações públicas representa um novo modelo de agir do Estado que responde a um anseio social de viver com menor impacto no meio ambiente”.

A promoção do desenvolvimento sustentável na temática das licitações públicas tomou forma com o advento de algumas leis. Dentre elas, pode-se citar a Política Nacional sobre Mudança do Clima (12.187/2010), a Política Nacional de Resíduos Sólidos (12.305/2010) e a Lei n. 12.349/2010, que inseriu o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, no artigo 3º da lei geral de licitações (8.666/93).

Pois bem, as leis 12.187/2009 e 12.305/2010, no artigo 6º, inciso XII e no artigo 7º, inciso XI, respectivamente, fizeram menção a critérios de preferência ou prioridade nas licitações públicas, citaremos os dispositivos. O artigo 6º, inciso XII da Lei n. 12.187/2009 (Política Nacional sobre Mudança do Clima) assim descreve:

[...] Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

[...]

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

---

600 BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações Sustentáveis: Política Pública. *In*: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte. Fórum, 2011. p. 138.

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (12.305/2010), em seu artigo 7º, inciso XI, expõe:

[...]

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

- a) produtos reciclados e recicláveis;
- b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;<sup>601</sup>.

Essas duas leis vieram tipificar exemplos do que poderia servir de modelo para se alcançar a sustentabilidade nas contratações públicas. Assevera Freitas<sup>602</sup> que “sem dúvida, existem atividades que provocam mais danos do que valor agregado. Não são tais atividades que o Estado Constitucional colima incentivar nas contratações da Administração Pública”.

Sobre as leis supramencionadas, seguem os comentários de Ferreira<sup>603</sup>:

[...]

A nova Lei de Resíduos Sólidos tem por objetivo estimular a produção e o consumo sustentável, através da redução na geração de resíduos, especialmente a partir de medidas relacionadas à reciclagem e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, bem como por meio de um controle-responsabilização exercido desde a produção de bens até o seu descarte.

[...]

A Lei de Mudança do Clima, ao estabelecer a preferência nas licitações para produtos que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais, bem como a favor da redução de resíduos, vem a ser fortalecida pela nova lei de resíduos sólidos.

---

601 BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>. Acesso em: 27 jun. 2017.

602 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 236-237.

603 FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal** – A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 126.

Todavia, quanto à Lei n. 12.349/2010, essa inovou inserindo, dentre as finalidades da licitação pública, o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, vejamos:

[...] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos<sup>604</sup>.

Não obstante, argumentos de que a licitação sustentável não foi adequadamente regulamentada, bem como existe colisão principiológica, a exemplo, a colisão entre o princípio da legalidade, isonomia e princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Tais premissas tornam-se um conservadorismo e comodismo que não deve prosperar.

É correto dizer, no entanto, que a matéria está devidamente regulada e a colisão principiológica não subsiste, pois, para Freitas<sup>605</sup>, as licitações e contratações públicas sustentáveis “dispõe de condições normativas suficientes para concretizar esse princípio constitucional, desde que se invista numa gestão adequada de riscos, no âmbito das contratações administrativas”. Continua o autor <sup>606</sup> fundamentando nos seguintes termos:

[...] as licitações, como observância justificada dos critérios de sustentabilidade, encontram-se forçadas a conferir, desde a tomada de decisão, prioridade àquelas políticas que ensejam o bem-estar às gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam seu próprio bem-estar, sob pena de abuso da discricionariedade. [...].

---

604 BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Lei geral de licitações e contratos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 jun. 2017.

605 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 235.

606 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 235.



No entanto, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é princípio norteador de toda a atividade administrativa. Sobre a ausência de regras legais, assevera Freitas<sup>607</sup>:

[...] Com efeito, o princípio constitucional da sustentabilidade não deixa de obrigar pela eventual ausência de regras legais expressas, razão pela qual, na via administrativa, qualquer visão débil do princípio, em termos eficaciais, revela-se lesiva, configurando retorno ao culto (seletivo) do legalismo, com os sacrifícios humanos associados. [...].

Veja-se que eventual insuficiência ou ausência legislativa não é óbice à aplicação do princípio da promoção do desenvolvimento sustentável, pois o Estado-Administração na visão de Freitas<sup>608</sup> “tem o dever de aplicar a Lei Fundamental de ofício, construindo e reconstruindo as regras instrumentalmente voltadas a vivificar o princípio constitucional da sustentabilidade, entendido em consórcio necessário com os demais princípios”.

Toda discricionariedade administrativa “encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade, ou seja, não depende de regras legais por acréscimo para a aplicação imediata desse princípio constitucional. O contrário representaria arbitrariedade por omissão”, conclui o autor<sup>609</sup>.

É de se observar que o sistema de avaliação dos custos precisa ser revisto pela Administração Pública. A inclusão de custos indiretos, por vezes negligenciados, com o condão de mensurar dispêndios futuros com impactos previsíveis das decisões administrativas. Isto é, previamente à licitação, não podem ser ignorados os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa e seus efeitos colaterais<sup>610</sup>.

Sobre as regras que dão densidade às licitações sustentáveis, de acordo com Freitas<sup>611</sup>, grife-se que é “equivocada qualquer espera excessiva por adicionais regras expressas, uma vez que a demora, nesse caso, pode ser

607 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237.

608 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237.

609 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237.

610 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 238.

611 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 243.

corrosiva da eficácia nuclear do princípio constitucional”. Ainda conclui o autor<sup>612</sup> dizendo que “ênfatize-se a vinculatividade direta do sistema, a qual não pode ser ofuscada ou obliterada pela morosidade ou pela inércia administrativa inconstitucional”.

Contudo, a proposta mais vantajosa para a Administração será aquela que vai ao encontro das diretrizes das políticas públicas sustentáveis. Nessa perspectiva, para Freitas<sup>613</sup>, “o gestor público responsável não pode realizar juízos adstritos ao imediato ou à pressão empobrecedora do curto prazo, típico comportamento daqueles que não apenas desprezam os princípios, como se alienam a interesses secundários”.

## Considerações finais

As licitações sustentáveis como instrumento de gestão efetiva das finanças públicas, na seara da preservação ambiental, ingressam no cenário das atividades administrativas. Os agentes públicos responsáveis pela instauração e condução das licitações possuem um papel decisivo na sua implantação. Tarefa fácil não será, mas as expectativas devem ser positivas.

O desenvolvimento nacional sustentável como finalidade das licitações, a partir de então, torna-se um conceito principiológico de norma jurídica com caráter cogente para o Administrador Público. Como isso, a sua não observância gerará o inevitável prejuízo às futuras gerações.

Observe-se que ficou demonstrada a inexistência de colisão principiológica na aplicabilidade do instituto da licitação sustentável, ante a visão holística da sustentabilidade ambiental. Quanto à regulamentação do instituto, este não é carente.

A hipótese de que as finanças públicas podem ser redimensionadas para a proteção ambiental via licitação, ficou demonstrada pela fundamentação teórica apresentada. O Estado, enquanto agente promotor da igualdade, segurança, liberdade, saúde etc., e agora da proteção ambiental, é gestor das futuras diretrizes dos gastos públicos sustentáveis.

---

612 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 243.

613 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 250.

Nesse diapasão, os dispêndios públicos, especialmente aqueles com as contratações públicas, que são da ordem de bilhões anuais, necessitam ser redimensionados para o desenvolvimento nacional sustentável via contratação pública sustentável.

Dito isso, a compatibilização entre crescimento econômico e preservação ambiental depende da vontade de todos, pois a sustentabilidade é um conceito universal e dela não podemos nos esquivar, especialmente diante da atividade que tem um papel de amplo fomento para o crescimento econômico sustentável do País: as aquisições públicas sustentáveis.

## Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS – ALMG. Disponível em: [http://politicaspUBLICAS.almg.gov.br/sobre/index.html#O\\_que\\_e\\_politica\\_publica](http://politicaspUBLICAS.almg.gov.br/sobre/index.html#O_que_e_politica_publica). Acesso em: 27 jun. 2017.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações Sustentáveis: Política Pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm). Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **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: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm). Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm). Acesso em: 27 jun. 2017.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal e Espanha. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal** – A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão**: a Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As Licitações Públicas e as novas Leis de Mudança Climática e de Resíduos Sólidos. *In*: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/licita%C3%A7%C3%A3o-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 27 jun. 2017.

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v.1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 25-44. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

SALHEB, Gleidson José Monteiro *et al*. Políticas Públicas e Meio Ambiente: Reflexões Preliminares. **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Universidade Federal do Amapá, v. 1. n. 1, p. 5-27, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/57/v1n1Gleidson.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

SILVA, Ildete Regina Vale da; VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da. Sustentabilidade e Fraternidade: Algumas reflexões a partir da proposta de um Direito Ambiental planetário. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8. n. 15, p. 25-42, jan/jun. 2011. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/204/164>. Acesso em: 27 jun. 2017.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira. **Indicadores Ambientais** – avaliando a política de meio ambiente no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Semad, 2006.



# **A PEC 67 de 2016 sob a ótica da discussão entre a vontade de poder e de Constituição<sup>614</sup>**

PEC 67 of 2016 under the optics of discussion  
between the will of power and costitution

## **Bleine Queiroz Caúla**

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

E-mail: [bleinequeiroz@yahoo.com.br](mailto:bleinequeiroz@yahoo.com.br).

## **Caio Aragão Mesquita Xerez**

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). E-mail: [caio.xeres@hotmail.com](mailto:caio.xeres@hotmail.com)

## **Marcelo Dias Ponte**

Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Advogado. Professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: [marceloponte@unifor.br](mailto:marceloponte@unifor.br)

---

614 A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético.

**Resumo:** O artigo tem por escopo a análise da perspectiva jurídica que envolve a figura da proposta de emenda constitucional 67 de 2016, em face da possibilidade de vacância presidencial, ao se estabelecer como apoio aparente às reivindicações dentro de um contexto conturbado de crise política. Assim, a pesquisa aborda implicações inerentes à situação jurídica da PEC 67, bem como identifica as principais causas que originam um projeto com interferências concretas de poder ou uma manifestação do poder normativo. Para isso, o trabalho propôs o reexame da discussão entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle. Parte-se dessa perspectiva tencionando compreender os posicionamentos dos autores, bem como as suas bases de aplicação na realidade brasileira, envolvendo as dinâmicas presentes às quais uma Constituição deve se adequar, com intuito de, por fim, chegar à conclusão a respeito das causas de modificações do texto constitucional.

**Palavras-chave:** PEC 67 de 2016. Emenda Constitucional. Vontade de Poder.

**Abstract:** Article is the analysis of the legal perspective that involves the figure of the proposal of constitutional amendment 67 of 2016, in view of the possibility of presidential vacancy, by establishing as an apparent support the demands within a troubled context of political crisis. Thus, the research addresses implications inherent in the legal situation of PEC 67, as well as identify in the main causes that originate a project like this as concrete interference of power or a manifestation of normative power. For this, the work proposed the reexamination of the discussion between Konrad Hesse and Ferdinand Lassalle. It starts from this perspective, intending to understand the authors' positions, as well as their bases of application in the Brazilian reality, involving the present dynamics that a constitution must fit, with the purpose of finally arriving at the conclusion regarding the causes of changes in the constitutional text.

**Keywords:** PEC 67 of 2016. Constitutional amendment. Will of Power.

## **Introdução**

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência



(como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

Jorge Miranda<sup>615</sup>

A República Federativa do Brasil tem passado por diversos acontecimentos no seu cenário político, dos quais ainda merece reflexão e ponderações jurídicas o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff no prisma de uma reanálise sobre a insatisfação popular com o seu sucessor Michel Temer, no cenário da democracia representativa em vigor no Brasil.

O então Presidente Michel Temer adentrou um cenário perturbador de crise econômica e política, ademais, nomes ligados ao seu governo se viram envolvidos em escândalos de corrupção, bem como fora mencionado seu nome em delações sobre desvios de valores milionários. Todos esses fatos implicam seus projetos para o país. Assim sendo, pedidos de impeachment foram protocolados para que o então Presidente Michel Temer fosse retirado do cargo.

Em hipótese de renúncia ou *impeachment* do Presidente Michel Temer, haveria a vacância do cargo e, conseqüentemente, a observância da Constituição Federal de 1988 (CF/88) sobre o procedimento a ser realizado para preencher o cargo vacante. Contudo, divergências surgem do procedimento descrito na Constituição em face de anseios populares e de alguns parlamentares.

O contexto decorrente da disputa política gerada entre obediência à Constituição e atenção aos anseios de eleições diretas em manifestações populares ressalta a necessidade de reflexão acerca da situação que põe à prova a observância do texto constitucional elencado especificamente no artigo 81, §1º, da CF/88.

Todos esses fatores culminaram na criação da Proposta de Emenda Constitucional 67 (PEC 67/2016)<sup>616</sup>, para alterar o §1º do artigo 81 da CF/88. Na enquete de participação popular sobre a tramitação da referida PEC, o

---

615 MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 99.

616 BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 67 de 2016**. Situação da tramitação: pronto para deliberação no Senado (31/01/2019). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127749>. Acesso em: 21 jul. 2019.

resultado aponta, até 21 de julho de 2019, que 11.575 votam favorável e 7.873 contra. Percebe-se claramente o desinteresse da sociedade na participação legislativa, de modo a contrariar os ditames da democracia representativa.

O presente estudo desenvolveu-se por meio de pesquisa bibliográfica e documental que detivesse informação sobre aplicação de discussão sobre a vontade de poder, com o intuito de trazer conceitos jurídicos para uma realidade de choque de interesses, ou seja, por meio de um teor descritivo e exploratório. A abordagem mostrou-se qualitativa, posto que busca uma observação dos possíveis efeitos na sociedade.

## **1 O artigo 81 da CF/88 e a PEC 67/2016**

A Constituição Federal de 1988, no seu Capítulo II, trata das funções do Poder Executivo. No citado capítulo, a seção I é reservada para tratar do Presidente e Vice-Presidente da República, mais especificamente entre os artigos 76 e 83. Também são explanados os procedimentos adotados em caso de ausência do Presidente e Vice-Presidente. O texto original do artigo 81 dispõe: “Vagando os Cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga”.

Entrementes, percebe-se, conseqüentemente, a necessidade de definir o que é a vacância de tais cargos. “A vacância é o afastamento definitivo do Presidente, decorrente de morte, de renúncia ou de perda de cargo em razão de pena imposta pela prática de crime comum ou de responsabilidade [...]”<sup>617</sup>. Assim sendo, estando vago o cargo, será feita a nova eleição em até noventa dias, a partir do momento em que não se encontra ocupado por nenhum eleito da chapa vitoriosa na última eleição.

Vale dizer que o disposto no artigo 81 da CF/88 aplica-se somente a casos de vacância, que não devem ser confundidos com impedimentos, visto que este se caracteriza pela temporariedade e aqueles pela forma definitiva. Exemplo da situação de impedimento mais comum é a ausência temporária do Presidente para fora do país em viagens diplomáticas.

---

617 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 243.

Ressalte-se que, em casos de impedimento, se é aplicada a linha sucessória descrita no artigo 80 da CF/88, ou seja, chamados em seguida o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e, por fim, o do Supremo Tribunal Federal. Curioso é chamar o Presidente da Câmara antes do Senado. Isto porque a Câmara é representante do povo, retratando assim, por meio dos seus, a realidade de onde se elegeram.

O §1º do artigo 81 da CF/88 prescreve: “Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei”. A partir do seu texto, permite-se apontar mais dois pontos a serem esclarecidos: forma da eleição e a condicionante do tempo no qual se iniciou a vacância.

Desta feita, fica claro que o cargo presidencial vago nos dois últimos anos do mandato será ocupado por meio de eleição indireta. Participam dela os componentes integrantes do Congresso Nacional. Consequentemente, infere-se que o texto elencado no *caput* do artigo 81 da CF/88 é aplicado quando o afastamento definitivo ocorrer nos primeiros dois anos de mandato, por eleições diretas.

Essa diferença referente à vacância na primeira metade do mandato ou na segunda, pode ser balizada em atenção aos gastos e à dificuldade que é organizar eleições em um país de dimensões como o Brasil. Mover a máquina pública dessa maneira exige muitos recursos. Alia-se a esse fato a característica do tempo utilizado. Afinal, necessita-se dessa demanda até que seja organizada a eleição direta. Assim, o eleito inevitavelmente governaria por curto período, ou seja, em média um pouco mais de um ano, até que se alcançasse o período das novas eleições.

Tanto a eleição direta quanto a indireta, nesse dispositivo, ocorrem para que o candidato permaneça somente até o término do mandato do Presidente vacante. “Em qualquer dos casos, os eleitos devem completar o período dos seus antecessores. É o chamado mandato tampão (CF, art. 81, §2º)”<sup>618</sup>.

Pela inteligência do artigo 81 da CF/88, caso o então Presidente Michel Temer sofresse o afastamento definitivo decorrente do contexto de agitação política e popular no Brasil, haveria a realização de eleições indiretas para ocupar o cargo presidencial vago.

---

618 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1242.

Todavia, a eleição indireta não é aceita por parte da população, tendo em vista o envolvimento de parlamentares em delações premiadas na Operação “Lava Jato”. Com isso, pode-se afirmar que tanto a Presidência quanto grande parte dos parlamentares sofrem com a falta de legitimidade pelo povo. Esta é, então, a maior problemática, neste âmbito, envolvendo o governo, a população e a representatividade.

Sobre as formas de governo, Jorge Miranda<sup>619</sup> leciona que quaisquer delas fundam-se em “certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem”.

Entretantes, as grandes transformações do Estado e da sociedade, na passagem do século XIX para o século XX e ao longo deste século, conforme doutrina de Jorge Miranda<sup>620</sup>, levam a que o “governo representativo ceda o lugar à democracia representativa, dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de princípios e da coincidência formal de institutos”.

Oferecer legitimidade e atender os anseios da população são os fatores de motivação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 67, de 2016, com vistas a alterar o §1º do artigo 81 da CF/88, conforme a ementa: “a realização de eleição direta aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, na hipótese de vacância desses cargos nos três primeiros anos do mandato presidencial”. A proposta de nova redação do §1º do artigo 81 da CF/88 dispõe “Ocorrendo vacância no último ano do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei”.

Na justificação da Proposta está ressaltada a hipótese de eleição indireta do Presidente pelo Congresso Nacional, de maneira excepcionalíssima, ou seja, caso a vacância ocorra durante o último ano do período presidencial.

---

619 MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 99.

620 MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 92.

Reafirma-se que a PEC 67/2016 continua a obedecer ao chamado mandato tampão. O eleito completará o mandato do presidente anterior.

## **2 Acepção sobre a vontade de poder nos pensamentos de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse**

Por outro lado, existe a possibilidade de questionar, em um cenário conturbado como o brasileiro é atualmente, se a Proposta de Emenda Constitucional não estaria influenciada de alguma forma por vontades de poder.

Ademais, quando se estudam os sentidos ou concepções que uma Carta Magna possa ter, prontamente se chega aos sentidos sociológico, político e jurídico.

O sentido sociológico ou realista definido por Lassalle é o enfoque primordial do estudo, posto que sua origem advém de um conjunto de forças que possuem o domínio do comportamento social de maneira geral. Em paralelo, a PEC 67/2016 contém como justificativa uma intenção social. Seria uma manifestação de vontade ao aspecto sociológico da Constituição?

Tais questionamentos devem ser respondidos após a consolidação sobre o que se denota como vontade de poder em face do aspecto sociológico ou realista. Na obra intitulada “O que é uma Constituição?” se expõe que em um país sempre existiriam duas constituições, uma ideal e uma real. Esta seria a Constituição efetiva, marcada por fatores reais de poder, ao passo que aquela é a Constituição escrita, possuidora de regulamentos e normas que deveriam ser respeitadas.

Assim sendo, segundo Lassalle<sup>621</sup>, a Constituição efetiva é regida pelos fatores reais de poder determinando o rumo de uma sociedade. Ademais, esses retratam a força ativa e eficaz que direciona todas as outras regulamentações e instituições políticas presentes na sociedade a serem o que são.

Tendo por base o papel de tais fatores, necessita-se expor quais são: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e a pequena burguesia ou classe trabalhadora. Todos esses, descritos em suas atividades, são considerados fragmentos de uma Constituição.

---

621 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. 2004. p. 42.

A monarquia está baseada na vontade do soberano. Se na hipótese de o povo não mais aceitar dispor que o rei tivesse suas prerrogativas, ou que lhe fossem impostas, usaria seu poder em seu auxílio. Nesse caso, o monarca, apesar de não ter leis a si favoráveis, ainda possuiria o controle sobre sua armada. Razão pela qual o exército combateria em seu nome, sendo um poder efetivo.

A aristocracia é um grupo de nobres proprietários abastados de fortuna. A sua influência sopesaria as decisões das câmaras de deputados, em outras palavras, no restante do grupo que não possui as mesmas condições. No caso, quando as pessoas menos afortunadas se rebelarem contra a conjectura de maior parte das riquezas nas mãos de poucos, os grandes proprietários, para se defenderem, já que sempre tiveram influência sobre o soberano, farão que sejam tomadas medidas em seu favor.

Quando é abordada a grande burguesia, não seria difícil enxergar a impossibilidade de deixar seus interesses de lado, tendo em vista que não se ignora o grande capital. Esse fator decorre da influência gerada tanto sobre a produção de suas fábricas quanto da influência que possuem sobre os funcionários.

Os banqueiros são outro fator real que possuem influência, pois qualquer governo necessita da atividade bancária. Em qualquer administração a ser realizada necessita-se de dinheiro. A fonte mais próxima e rápida de abastecimento são os bancos. O crédito precisa circular por esses intermediários, sem os quais o país não poderia realizar investimentos.

Por fim, o último dos fatores reais de poder está na pequena burguesia e na classe trabalhadora. Esses fatores são vistos quando se atinge os extremos. Um exemplo que poderia demarcar claramente tal força seria quando o Governo atentasse contra a liberdade em geral. Nesse caso, o objeto atingido seria de demasiada importância para os afetados pela medida, fazendo com que se lançassem às ruas. Dessa forma, nem a aliança dos outros fatores reais seria suficiente para fazer-lhe frente.

Descrito isto:

Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos fatores reais de poder que vigoram nesse país. [...]

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores reais de poder, mas

que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado<sup>622</sup>.

Conclui-se desse pensamento que a Constituição efetiva é o somatório de fatores que direcionam a sociedade na qual estão inseridos, mesmo que não existam em um plano formal. Soma-se também, neste momento, o entendimento de que a Constituição real não se assemelha à ideal. Sendo, portanto, uma mera folha de papel.

Ademais, conforme Santos<sup>623</sup>, as concepções jurídicas existentes de constituição não são suficientes para caracterizar o fenômeno constitucional, já que se revela como conjunto de poder intrínseco à realidade da sociedade. Como consequência, soma-se o caráter da natureza jurídica das constituições, ou seja, adquirindo o cerne de constituições políticas.

Tendo em vista o posicionamento explanado, referências podem aproximar a realidade do Brasil em face da ideia desenvolvida por Lassalle. Contraditório seria afirmar que não se demonstra, atualmente, qualquer semelhança com os fatores de poder. Principalmente quando se toma como foco as manifestações da força de trabalho, ou quando presente a atuação de uma aristocracia moderna e demais fatores que podem ser atualizados ao contexto explanado.

Assim sendo, quando se dá o surgimento do texto da PEC 67 de 2016, fácil seria afirmar que esta é uma manifestação da vontade de poder, influenciada por um, ou demais fatores, tendo como resultado interesses particulares. Contudo, a proposta segue ritos estabelecidos na própria Constituição, resguardando um rigor próprio de obediência a ela. O que poderia ser entendido em um primeiro momento por Vontade de Constituição.

Vontade constitucional está desenvolvida pelos estudos de Konrad Hesse, por meio de um estudo que possuiu o trabalho de Lassalle como ponto de início. Em verdade, aquele desenvolveu uma crítica, contrapondo-se à ideia do Texto Constitucional entendida como mera folha de papel, além de rebater a sua divisão entre os planos do ideal e real. Todavia, ao se aprofundar dentro

---

622 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. 2004. p. 48.

623 SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de Teoria da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.

desse pensamento, percebe-se que a vontade de Constituição não se traduz somente em sua observância de rigor.

O estudo de Hesse buscou consolidar a força normativa do texto constitucional. As normas constitucionais não podiam estar sujeitas às situações fáticas, pois, deste modo, estariam volúveis a mutações. Em contrapartida, ao passo que a normatividade estabeleceria uma vasta probabilidade de modificar-se por meio de fatores concretos de influência, o direito deixaria de se reconhecer como ciência.

Ausência epistêmica desenvolvida em virtude da falta de direitos a serem assegurados, tendo em vista a facilidade de alterações ocorrerem, sendo simplesmente o papel do direito constatar os fatos. O direito constitucional precisa ter como pressuposto uma ordem estatal estabelecida sob a racionalidade, caso contrário sua tarefa iria pautar-se em justificar a relação de poder dominante que estivesse atuando naquele momento.

O direito, então, não poderia chancelar, sobretudo com base no seu entendimento como ciência, a Carta Magna como um conjunto de influências. Posto isso, ela deveria conter, “ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”<sup>624</sup>. Abrange-se a partir desse entendimento um resguardo ao conteúdo, ou seja, que escape o ser e atinja o dever ser.

Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. (...) Os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e modificação do objeto mesmo a que se dirigem. Assim podem ser duradouros e ganhar utilidade<sup>625</sup>.

Ademais, não há que se falar em Constituição organizada em um arranjo unilateral de poder, tendo em vista que assim necessitaria de constantes revisões, as quais teriam como consequência o enfraquecimento da força

---

624 KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 11.

625 KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 16.



normativa. Deve essa ser plural, de forma que garanta uma estrutura jurídica oriunda de um conjunto de elementos. Dessa forma se alcança o seguinte conceito no que tange ao pensamento de Hesse:

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais a ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica<sup>626</sup>.

Portanto, a Vontade de Constituição traduz-se na sua força normativa, cuja meta do dever ser necessita de correlação entre o texto e o conteúdo regulado. Como pode ser visto sob o pensamento de Canotilho:

Para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso, a constituição *deve* ter um *conteúdo específico*: (1) *deve* formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse *corpo de regras* vinculativas do *corpo político* deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder<sup>627</sup>.

Contudo, vale ressaltar que as constituições necessitam, por vezes, se adaptar a novas circunstâncias, pois o texto constitucional não deve ser estático, mas que evolua. Para suprir tal necessidade tem-se a Emenda Constitucional como caminho para haver a inserção de novos conceitos e regras.

As Emendas seguem processos rígidos com intuito de proteger as regras constitucionais contra as ações por parte dos legisladores. Toda Constituição

---

626 KONRAD, Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 37.

pode ser alvo de emenda, com exceção dos preceitos estabelecidos como limites criados por meio do poder constituinte originário<sup>628</sup>. Ultrapassar essas divisas seria constatar a inconstitucionalidade da iniciativa.

Dessa maneira, percebe-se o todo da problemática envolvida na transformação constitucional, especificamente quanto à PEC alvo deste estudo. Posto que a ideia pautada nos fatores externos de poder interfere na mudança do texto constitucional, demonstrando uma justificativa prática simples que permite entender e justificar uma mudança do texto constitucional.

Linha que não é seguida ao falar-se em Hesse, e incongruente com a dinâmica atual, tendo em vista que a Carta Magna não deve ser subordinada a essa vontade de poder, mas ao conjunto de elementos aos quais conferem força normativa. Destaque-se que a busca do dever ser implica uma introdução de novas bases no texto constitucional, que devem ser feitas sob certas circunstâncias, essas pautadas na necessidade como fator justificador da mudança do texto constitucional, portanto como força primordial de transformação do conteúdo.

## Considerações finais

Novamente, ressaltando-se o contexto político conturbado, o desenvolvimento do estudo mostra-se como resultado à condicionante da PEC 67 de 2016 como uma manifestação marcada por vontade de poder, apesar de seguir um todo normativo complexo exigido constitucionalmente. A qualidade formal não a torna incólume a interferências reais, que possuem como meta uma finalidade política.

O objetivo da Proposta de Emenda encontra respaldo na busca de legitimidade para políticos ocuparem o cargo de Presidente<sup>629</sup>. Contudo, essa manifestação de apoio a tal projeto encontra-se marcado por interesses políticos, seja dos movimentos oposicionistas ou das reivindicações de grande parte da classe trabalhadora. O fato é que essa classe atinge finalidades particulares próprias do que seriam suas manifestações.

---

628 QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2014. p. 127-149.

629 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A situação que ensejou a criação desta ideia é especificamente concreta, não desvinculada de fatores externos, ao contrário, visa aplicar-se a este fato possível após sua aprovação. Não surgiu dentro de um contexto de necessidade e desvinculada de extremos, mas com intuito de aplicar-se à realidade que ainda se mostra hipotética.

Sua aprovação seria uma representação do temor de Hesse, ou seja, a ciência constitucional tão somente chancelaria e fundamentaria a relação esvaziada de sentido jurídico, confirmando a relação de poder que atua com força naquele momento dentro da sociedade. Ademais, tal modificação pode retratar a facilidade de mutabilidade constitucional ao se discutir este tema específico.

O atendimento ao rigor do procedimento não pode ser entendido como forma de demonstração da força normativa. Esta é mais do que simplesmente um conjunto de normas, mas representa um plano de eficácia a ser respeitado, fruto de um conjunto de elementos de organização estatal e um plano de correlação entre o texto expresso e o conteúdo aplicado.

A Constituição, quando representada devidamente por sua força normativa, atinge as relações pautadas com uma juridicidade excluída da predominância dos fatores sociais e políticos. Um conjunto de atividades que a torna o dever ser. Além de entendida sob sua forma jurídica de aplicação, fundamentando igualmente a atividade científica do direito de resguardo à matéria regulada.

O texto constitucional deve ser marcado pela pluralidade, para assim restringir a sua modificação. Seria assim em primeira análise uma incongruência segundo o pensamento de Hesse, pois a Lei Maior não pode ficar estática, tendo em vista o desenvolvimento das relações, porém não existe divergência.

A Constituição<sup>630</sup> possui sua eficácia e força vital quando lastreada por forças espontâneas, bem como na tendência dominante ao tempo. Assim sendo, a inserção de novas regras é cabível segundo esses critérios apresentados da espontaneidade e tendência. O que não é visto na lógica da PEC 67 de 2016. A problemática que envolve o seu texto enquadra-se na ausência de semelhança com tais critérios, não sendo uma força espontânea, mas com ponto de partida claro e preciso nos questionamentos da matéria de vacância

---

630 KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18.

do cargo de Presidente. Ademais, não se mostrava o tema uma tendência a ser transformada. Desta feita, a origem da proposta de emenda ocorre na contramão do que seria o contexto de forças ideais para desenvolver-se.

Fica clara a importância da força normativa, pois implica diretamente o resguardo do direito. Nesse sentido, Miguel Reale (2002, p. 141)<sup>631</sup> denota que toda fonte do direito possui implicações em uma estrutura normativa de poder, já que o cerne de toda regra ocorre dentro da interferência de um centro de poder em face de valores e fatos, em que se opta por uma solução normativa.

Desta feita, é patente a necessidade de discussão do tema, o qual demonstra, em uma outra análise, a possibilidade de que Emendas Constitucionais sejam utilizadas como meio de atingir objetivos próprios, além de ressaltar a observância que deve ser dada ao contexto dos fatos precursores que ensejam tais propostas.

Por fim, vale ressaltar uma particularidade que envolve a PEC 67 de 2016. Sabe-se que seu texto altera matéria de procedimento eleitoral. Posto isto, sendo aprovada, submeter-se-á ao princípio da anualidade eleitoral ou da anterioridade criado em 1993 na Emenda Constitucional (EC) n.º 4<sup>632</sup>.

Esse princípio aplica-se às disposições que alterem qualquer mudança de processo eleitoral. As mudanças eleitorais somente entrarão em vigor se aprovadas antes do pleito, impedindo, desta forma, mudanças casuísticas para favorecimento nos processos eleitorais subsequentes. Esse princípio é uma forma de oferecer segurança jurídica. Assim, percebe-se que a PEC 67 de 2016, mesmo sendo direcionada para aplicação após a vacância do cargo de Presidente, não contará com o seu pronto exercício até que tenha completado um ano de sua vigência.

---

631 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

632 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Princípio da anualidade eleitoral é garantia de segurança jurídica**.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição N° 67 de 2016**. Dá nova redação ao § 1º do art. 81 da Constituição Federal para determinar a realização de eleição direta aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, na hipótese de vacância desses cargos nos três primeiros anos do mandato presidencial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127749>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Princípio da anualidade eleitoral é garantia de segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Julho/principio-da-anualidade-eleitoral-e-garantia-de-seguranca-juridica>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KONRAD, Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo**

**ambiental, constitucional e internacional.** v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018. p. 85-116.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional.** 16. ed. Jardim Leme: JH Mizuno, 2014. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/direito-constitucional-16-edi-o-12999>. Acesso em: 24 jul. 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de Teoria da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

**INTERNACIONAL**





# **A garantia do direito à educação nas intervenções humanitárias como um meio viabilizador dos Direitos Humanos em contextos de emergência**

The guarantee of the right to education in humanitarian interventions as a way of making human rights feasible in emergency contexts

## **Fabício Veiga Costa**

Doutor em Direito Processual pela PUC/MG. Pós-Doutor em Educação pela UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

E-mail: [fvcufu@uol.com.br](mailto:fvcufu@uol.com.br)

## **Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal pela Newton Campos. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Doutoranda em Direito Internacional pela PUC Minas. Advogada.

E-mail: [natielliveloso@gmail.com](mailto:natielliveloso@gmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho objetiva a análise do papel do direito à educação em contextos de emergência, possibilitando concluir sobre a importância de uma abordagem de direitos humanos, que insere o complexo de atividades viabilizadoras desse direito no âmbito das intervenções humanitárias. Para tanto, serão utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com o procedimento metodológico dedutivo a fim de demonstrar a essencialidade desse direito para não meramente retornar ao *status quo* anterior à crise, mas, mais do que isso, ser um instrumento de transformação social para as camadas mais vulneráveis das comunidades afetadas.

**Palavras-chave:** Direito à educação. Emergências. Intervenções humanitárias. Vulneráveis. Direitos Humanos.

**Abstract:** The objective of this paper is to analyze the role of the right to education in emergencies, aiming to understand the importance of a human rights approach, which places the activities that allow the achievement of this right within humanitarian interventions. In order to do so, we will use bibliographical and documental researches, with a deductive methodological procedure aiming to demonstrate the essentiality of this right to not just return to a *status quo* prior to the crisis, but to, more than that, be an instrument of social change to the most vulnerable layers of the affected communities.

**Keywords:** Right to education. Emergencies. Humanitarian interventions. Vulnerable. Human Rights.

## Introdução

O direito à educação<sup>633</sup> é considerado, por muitos, um direito humano essencial para garantir que o ser humano consiga alcançar por completo seu potencial e, também, exigir os demais direitos que titulariza<sup>634</sup>. A despeito

---

633 Educação é compreendida aqui, conforme instruído pela UNESCO, da seguinte forma: “[...] the term education is thus taken to comprise all deliberate and systematic activities designed to meet learning needs. This includes what in some countries is referred to as cultural activities or training. Whatever the name given to it, education is understood to involve organized and sustained communication designed to bring about learning” (UNESCO, 1997, Pará. 6).

634 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. *International Humanitarian Legal Studies*. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 86. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

dessa evidente centralidade, o estudo da importância do direito humano à educação em contextos de emergência – momento em que esse direito é particularmente ameaçado e que os indivíduos das comunidades afetadas encontram-se em condição acentuada de vulnerabilidade – trata-se de um esforço recente da literatura de direitos humanos<sup>635</sup>.

A visão mais tradicional trata do complexo de ações que possibilitam o resguardo ao direito à educação como adequado apenas após o fim da emergência, ligado a um projeto posterior de desenvolvimento nacional<sup>636</sup>. Assim, atividades como estabelecimento de escolas, preparação de professores e conscientização das comunidades afetadas quanto à importância da manutenção das crianças na escola – dando enfoque especial para as que normalmente seriam excluídas, como meninas, deficientes físicos e mentais – são tradicionalmente desenvolvidas apenas depois que a crise é cessada, sendo esse o momento adequado, segundo defensores dessa visão, para preocupar-se com assuntos “menores” e ligados ao desenvolvimento nacional. Contra essa abordagem, insurge-se a recente posição de que o direito à educação é parte essencial das ações humanitárias e, como tal, deve ser resguardado desde o primeiro momento. O presente artigo pretende se debruçar sobre essa questão e, com isso, analisar a importância dessa garantia nos contextos de emergência e a essencialidade da sua observância na atuação humanitária, concluindo sobre a importância de uma abordagem de direitos humanos.

O tema, portanto, revela-se atual, pois passamos, inegavelmente, por um período de grandes crises e conflitos que provocam sérias ameaças ao direito à educação. Dessa forma, a presente análise é, também, dotada de grande utilidade, pois permite concluirmos sobre a maneira mais proveitosa de lidarmos com esse direito no contexto das intervenções humanitárias, a fim de assegurarmos a consecução dessa garantia para as comunidades afetadas.

Alia-se à atualidade e utilidade a relevância teórica do presente artigo, o qual servirá para o adensamento dos estudos sobre área pouco desenvolvida

---

635 PISENTIN, Elena. **The Right to Education in Emergency Situations: A Rights-Based Assessment on the Humanitarian Response after the Earthquake in Haiti**. Pádova: Università Degli Studi di Padova, 2014. Dissertação, p. 09. Disponível em: [tesi.cab.unipd.it/52610/](http://tesi.cab.unipd.it/52610/). Acesso em: 04 jul. 2017.

636 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 86. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

e, paradoxalmente, essencial para resguardar um direito basilar ao desenvolvimento e à dignidade humana dos indivíduos em situação de acentuada vulnerabilidade. Por fim, identifica-se grande relevância prática na temática estudada, pois, a partir do momento em que se assegura a aplicabilidade do direito humano à educação nas intervenções humanitárias em contextos de emergência, os indivíduos passam de meros receptores de ajuda nas ações humanitárias para serem verdadeiros sujeitos de direito, cuja pretensão deve ser satisfeita por meio de atuações voluntárias ou constrangimento judicial daqueles que são obrigados a prover o direito em questão. Essa mudança de paradigma nos parece ser mais coerente com os fins do Direito, retirando a pessoa vulnerável da condição de mero receptáculo de auxílio para a de protagonista do próprio processo de reestabelecimento de seus meios e modos de vida.

A fim de atingirmos os objetivos acima descritos, primeiramente procederemos um estudo sobre a natureza dos contextos de emergências e sua relação com o direito à educação. Em seguida, analisaremos quais os mecanismos internacionais que resguardam o direito em questão e, por fim, concluiremos sobre qual abordagem de intervenção humanitária seria mais adequada: a tradicional, que relega a educação para um contexto posterior, ou a com um viés de direitos humanos, em que o direito à educação busca ser assegurado desde um primeiro momento.

Com relação à metodologia utilizada, o tipo de pesquisa será a bibliográfica e documental, vez que procederemos a investigação da literatura jurídica pertinente, bem como das convenções, convênios e acordos de direitos humanos que tratam do direito à educação. O procedimento metodológico que será usado é o dedutivo, pois se partirá de conceitos amplos e teorias do Direito para aplicá-los na especificidade da garantia ao direito à educação em emergências. Por fim, sobre os procedimentos técnicos, serão feitas análises interpretativa, comparativa e teórica.

## **1 O contexto das emergências: natureza e relacionamento com a educação**

Resta essencial esclarecer em que consistiria a “emergência” aqui trabalhada. Pode-se afirmar que ela englobaria todas situações em que desastres por

razões humanas ou naturais destroem, dentro de um curto período de tempo, as condições normais de vida, cuidado e estruturas estatais – inclusive as educacionais – e, portanto, perturbam e prejudicam o progresso ou atrasam a concretização dos direitos humanos locais, como o direito à educação<sup>637</sup>. Tais situações podem ser causadas por conflitos armado e todos tipos de desastres naturais, como terremotos, furacões e tsunamis.

Sobre os conflitos armados, esses são classificados como internacionais ou não-internacionais. Os internacionais, de maneira simplista, ocorrem quando um ou mais Estados recorrem à força armada contra outro Estado, sem importar a intensidade do confronto<sup>638</sup>. Já os não-internacionais compreendem os conflitos armados nos quais haja o envolvimento de um ou mais grupos armados não governamentais. Dependendo da situação, as hostilidades podem ocorrer entre forças armadas governamentais e grupos armados não governamentais, ou somente entre estes grupos<sup>639</sup>.

De qualquer maneira, as emergências acima descritas produzem efeitos desastrosos nas comunidades mais afetadas, servindo para exacerbar vulnerabilidades e padrões de discriminação pré-existentes<sup>640</sup>. Não é incomum que, nessas circunstâncias, o direito à educação seja um dos primeiros a ser comprometido. Isso é extremamente prejudicial, pois perante desastres, conflitos e inseguranças, a educação pode oferecer segurança física, social e cognitiva, sendo, inclusive capaz de salvar vidas: por exemplo, quando o indivíduo está num ambiente de aprendizado seguro, ele ou ela está menos sujeito a ser explorado economicamente, sexualmente ou exposto a outros

---

637 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Committee on the Rights of the Child on its General Discussion on the Right of the Child to Education in Emergencies Situation.** 19 de setembro de 2008. Disponível em: [http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC\\_Report\\_Right\\_of\\_the\\_Child\\_to\\_Education\\_in\\_Emergencies\\_2008.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Report_Right_of_the_Child_to_Education_in_Emergencies_2008.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017. p. 04.

638 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Mar. 2008. p. 01-02. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

639 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Mar. 2008. p. 03. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

640 PISENTIN, Elena. **The Right to Education in Emergency Situations: A Rights-Based Assessment on the Humanitarian Response after the Earthquake in Haiti.** Pádova: Università Degli Studi di Padova, 2014. Dissertação, p. 50. Disponível em: [tesi.cab.unipd.it/52610/](http://tesi.cab.unipd.it/52610/). Acesso em: 04 jul. 2017.

riscos como o de ser forçado a se casar na infância ou de ser recrutado por forças armadas, grupos armados ou pelo crime organizado<sup>641</sup>.

Pode-se ir além no que diz respeito ao relacionamento umbilical entre educação e contextos de emergência: se, por um lado, as chances de construção da paz aumentam exponencialmente se a população afetada recebe educação de qualidade, essa mesma educação pode ser instrumento de fomento para conflitos. Esse é caso quando o ambiente de ensino é utilizado para reforçar as iniquidades e injustiças sociais, como quando, por exemplo, o acesso à educação é negado para alguns estudantes<sup>642</sup>, as aulas são usadas para disseminar discursos de ódio ou se os professores disseminam ideologias preconceituosas. Assim, resta claro que a educação pode servir como um instrumento para garantir a segurança e dignidade para os indivíduos em situação particular de vulnerabilidade e que isso é especialmente verdadeiro para as intervenções humanitárias que visam atuar em contextos de emergência. Dessa maneira, faz-se essencial analisar as garantias existentes no âmbito das normas de direitos humanos para garantir a observância do direito em questão.

## 2 Previsão em normas de direitos humanos

Há uma grande gama de instrumentos internacionais que preveem o direito à educação, perpassando o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito penal internacional. São considerados como os instrumentos com dispositivos mais relevantes no que concerne à educação em contextos de emergência: as quatro Convenções de Genebra relativas à Proteção de Pessoas Civis em Tempos de Guerra (1949) e os Protocolos Adicionais (1977); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

---

641 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 87-88. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

642 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 88. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

Sociais e Culturais (1966); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e os Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional<sup>643</sup>.

No que diz respeito às Convenções de Genebra, todos os membros das Nações Unidas são signatários e muitos consideram-na de natureza costumeira<sup>644</sup>. Os obrigados de acordo com essas convenções são os Estados e todas as forças armadas atuando em conflitos, bem como os combatentes e forças ocupantes. Os detentores de direitos são os civis e não-combatentes. Sobre o direito à educação, o artigo 52 criminaliza os ataques direcionados intencionalmente contra estruturas civis, inclusive escolas,<sup>645</sup> e o artigo 4(3)(a) do Segundo Protocolo estabelece a obrigação de prover às crianças cuidado, auxílio e educação<sup>646</sup>. Nesse sentido, cabe destacar, entra a contribuição do Estatuto de Roma, o qual oferece meios para a judicialização da violação do direito à educação por meio de ataques contra escolas<sup>647</sup>.

---

643 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. *International Humanitarian Legal Studies*. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 89-91. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

644 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. *International Humanitarian Legal Studies*. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 89, rodapé. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

645 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra**. 16 ago. 1949. Artigo 52 das Convenções de Genebra: “1. Os bens de caráter civil não serão objeto de ataques nem de represália. São bens de caráter civil todos os bens que não são objetivos militares como definido no parágrafo 2. 2. Os ataques limitar-se-ão estritamente aos objetivos militares. No que concerne aos bens, os objetivos militares se limitam aqueles objetos que por sua natureza, localização, finalidade ou utilização contribuam eficazmente para a ação militar ou cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização, ofereça nas circunstâncias do caso presente uma vantagem militar definida. 3. Em caso de dúvida a respeito de um bem que normalmente se presta a fins civis, tal como um lugar de culto, uma casa ou outra moradia, ou uma escola, estar sendo utilizado para contribuir eficazmente para a ação militar, será presumido que não está sendo utilizado com tal propósito”. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

646 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949**. 08 jun. 1977. Artigo 4.3(a) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra: “3. Serão proporcionados às crianças os cuidados e a ajuda de que elas necessitam e, em particular: a) receberão uma educação, incluída a educação religiosa e moral, conforme aos desejos dos pais ou na falta desses, das pessoas que tenham a sua guarda; [...]”. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument>. Acesso em: 01 jul. 2017.

647 **ESTATUTO DE ROMA**. 17 jul. 1998. Artigo 8(2)(e)(iv): “1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes. 2. Para os efeitos

No que diz respeito ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, destaca-se que o artigo 13 estabelece o direito de todos à educação, sendo a educação primária compulsória e disponível para todos. Já a educação secundária e a superior devem ser acessíveis e disponíveis a todos, bem como a busca pelo desenvolvimento de um sistema de escolas com programa de bolsas e melhoramento das condições materiais dos professores<sup>648</sup>. Ressalta-se que o tratado segue o princípio geral de não-discriminação e igualdade no

---

do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra": [...] e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:[...] iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares". Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonliyr/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonliyr/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

648 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 16 dez. 1966. Artigo 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966): "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado". Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.



que diz respeito à educação, fundado no artigo 26<sup>649</sup> da Declaração Universal dos Direitos Humanos – a qual, muito embora não seja vinculante *per se*, serviu de base para os tratados vinculantes que se seguiram.

Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança tem amplo escopo de aplicação, pois consiste na convenção mais amplamente ratificada no mundo. Ela possui grande relevância no que tange à educação nas emergências – alguns argumentam que é a convenção mais importante nesses casos<sup>650</sup> – vez que a educação primária, a qual é assentada em sólidas bases em diversos instrumentos internacionais – diz respeito, na maioria dos casos, às crianças. O artigo 28<sup>651</sup> especificamente prevê o direito à educação, notadamente da

---

649 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Artigo 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “1. Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

650 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 90. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

651 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Artigo 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção. 3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento”. Disponível em: [https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

educação primária compulsória e disponível gratuitamente para todos, bem como do desenvolvimento de diferentes formas de educação secundária e de fazer com que a educação superior seja acessível a todos. Adicionalmente, o artigo 29<sup>652</sup> traz os objetivos da educação, como, por exemplo, que ela deve imbuir nas crianças o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e aos princípios consagrados na Carta da ONU.

Conforme visto, o direito à educação – principalmente no que tange à educação primária – é embasado ostensivamente nas normas de direitos humanos que, cabe destacar, não são suspensas em momentos de emergência. Com efeito, conforme destacado em relatório apresentado perante as Nações Unidas em 2008, o direito à educação em emergências é sempre legalmente exigível e, portanto, as crianças têm sempre o direito a irem à escola, independentemente dos desafios ou contexto em que vivem<sup>653</sup>. Essa garantia é especialmente necessária no que concerne aos indivíduos mais vulneráveis, os quais tendem a ter seus direitos mais afetados perante as inseguranças, desastres e conflitos. Dessa forma, ganha especial importância a maneira que esse direito será tratado no âmbito das intervenções humanitárias.

---

652 Artigo 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente. 2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado” (ONU, 1989).

653 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 02. Disponível em: <http://www.unicefemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

### 3 Intervenções humanitárias e o direito à educação

A despeito da evidente essencialidade do direito em questão, a posição tradicional no que tange à intervenção humanitária em contextos de emergência defende que, num primeiro momento, o direito à educação não deve ser objeto de investimentos ou priorizado de qualquer forma. Segundo os defensores dessa visão, a educação diria respeito a um passo posterior à estabilização do país, sendo ligada, na essência, ao desenvolvimento das pessoas e não essencial ao asseguramento à dignidade humana em si<sup>654</sup>. Portanto, ONGs e doadores têm sido reticentes em despendar recursos com as atividades ligadas ao asseguramento desse direito em intervenções humanitárias que ocorrem em contextos de emergência, relegando-o para um segundo momento, em que se visa o desenvolvimento nacional.

Uma atuação pautada apenas no viés tradicional humanitário era – e é – por muitos considerada mais fácil de ser desenvolvida e aceita pelos Estados em geral, vez que é consoante com os já estabelecidos princípios humanitários de neutralidade, imparcialidade e independência, vistos como sustentáculo da ação de agências e ONGs internacionais<sup>655</sup>. A introdução de uma perspectiva de direitos humanos foi vista por muitos de maneira temerária, como se diminuísse o espaço humanitário e prejudicasse o momento de atuação em que a prioridade é salvar vidas<sup>656</sup>.

Contudo, no decorrer dos anos desenvolveu-se um crescente consenso no sentido de que a atuação em emergências não deve ser focada apenas em evitar que as pessoas morram, mas também em cuidar de como elas vivem. Portanto, gerações podem se passar até que, enfim, a estabilidade seja reassegurada e

---

654 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNICEF **Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 02. Disponível em: <http://www.unicef emergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

655 DAVIS, Gabrielle Mary. **Living with Landmines: Mine action, Development and Wellbeing in post-conflict societies – a case study in Cambodia**. Bath: Universidade de Bath, 2015. Tese, p. 39. Disponível em: [https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES\\_Gabrielle\\_PhD\\_Thesis\\_22\\_07\\_15.pdf](https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES_Gabrielle_PhD_Thesis_22_07_15.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

656 FOX, Fiona. **New Humanitarianism: Does it Provide a Moral Banner for the 21 Century? Disasters**, v. 25, n. 4, p. 275-289, 2001, p. 283-284. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/227807161\\_New\\_Humanitarianism\\_Does\\_It\\_Provide\\_a\\_Moral\\_Banner\\_for\\_the\\_21st\\_Century](https://www.researchgate.net/publication/227807161_New_Humanitarianism_Does_It_Provide_a_Moral_Banner_for_the_21st_Century). Acesso em: 04 jul. 2017.

para que então, finalmente, a educação seja objeto de atenção e investimentos. Isso equivaleria a negar a incontáveis indivíduos – geralmente, os mais vulneráveis – um direito com potencial de ser um catalisador de mudanças positivas em suas vidas.

Assim, mais coerente com a relevância da educação na vida do ser humano, a abordagem mais adequada para as intervenções humanitárias é uma que se pauta nos direitos humanos. Nessa perspectiva, a caridade e a benevolência são insuficientes: os indivíduos em contextos de emergência devem ser sujeitos de direito, capazes de demandar que seus direitos sejam providos<sup>657</sup>. Assim, o assistencialismo puro não seria resposta adequada para essas crises<sup>658</sup>, devendo ser complementada pela ideia de “proteção”, que consiste em todas as atividades destinadas a obter o respeito pleno aos direitos humanos dos indivíduos – sendo de particular importância o direito à educação, que merece especial proteção nessas contexturas<sup>659</sup>. Caberiam aqui atividades como: treinamento de professores; incentivo ao estabelecimento de escolas; em diálogo com autoridades nacionais, investir na criação de perímetros de proteção de estruturas destinadas ao ensino; e dialogar com as comunidades afetadas para esclarecer a importância de as crianças frequentarem as escolas – com um especial foco na inclusão de meninas, crianças deficientes e outros grupos tradicionalmente excluídos.

Assim, combate-se, com essa abordagem, inclusive, uma visão dicotomizada da atuação perante emergências, a qual priorizaria, num primeiro momento, o puro auxílio à preservação de vidas e, depois de alcançada uma estabilização, se buscaria a consecução dos direitos humanos sociais, culturais e econômicos

---

657 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 04. Disponível em: <http://www.unicefemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

658 Nesse sentido, cabe ressaltar as lições de Paulo Freire, que analisou com profundidade os perigos de “generosidades” como essa – principalmente no que tange à educação – considerando-a um instrumento alienante, cujo intuito é oprimir (FREIRE, Paulo. **A Pedagogia do Oprimido**. 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987, p. 17). No caso dos contextos de emergência, pode-se argumentar que tais ações serviriam apenas para viabilizar o retorno ao *status quo* de opressão.

659 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 06. Disponível em: <http://www.unicefemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

– ligados, em sua essência, ao desenvolvimento. Com efeito, quando a crise não consiste mais em situação transitória, as fronteiras entre essas necessidades tornam-se opacas, de forma que uma não pode sobrepujar outra, mas que, sim, devem ser atendidas concomitantemente<sup>660</sup>.

A UNICEF é grande incentivadora dessa visão de intervenção fundada em direitos humanos, vendo grandes vantagens nessa abordagem. Ela defende, inclusive, que ela serve para fortalecer a neutralidade da organização em situações de emergência complexas. Isso decorre do fato de que, ao pautar sua atuação em patamares internacionais estabelecidos nos instrumentos de direitos humanos regionais e internacionais, a organização consegue manter-se universal e coerente<sup>661</sup>.

Essa abordagem, com efeito, consiste na mais benéfica, pois, ao resguardar desde um primeiro momento a educação, estabelecendo-a como um direito humano, há a oportunidade de criar-se proveitosos dividendos sociais. Isso porque educação de qualidade contribui de maneira direta para a estabilidade social, econômica e política de uma sociedade. Ela ajuda a diminuir o risco de conflitos violentos, vez que favorece uma maior coesão social com a criação de oportunidades para aqueles que normalmente são excluídos, e ajuda a apoiar processos de construção da paz<sup>662</sup>.

Assim, podemos afirmar que mais importante do que o restabelecimento de um *status quo* prévio à emergência em si, a abordagem de direitos humanos que dá prioridade à educação desde o momento inicial das intervenções humanitárias permite que esses contextos possam servir como oportunidade para que as autoridades nacionais transformem seus sistemas educacionais e criem novos sistemas mais equânimes. Isso serviria para criar novas

---

660 DAVIS, Gabrielle Mary. **Living with Landmines: Mine action, Development and Wellbeing in post-conflict societies – a case study in Cambodia**. Bath: Universidade de Bath, 2015. Tese, p. 39. Disponível em: [https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES\\_Gabrielle\\_PhD\\_Thesis\\_22\\_07\\_15.pdf](https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES_Gabrielle_PhD_Thesis_22_07_15.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

661 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 04. Disponível em: <http://www.unicefemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

662 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 88. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 01 jul. 2017.

oportunidades para grupos que geralmente são excluídos, como meninas, adolescentes, crianças com deficiências, refugiados e deslocados internos. Assim, a crise serviria para a criação de dividendos sociais, resultando em melhoras no acesso e qualidade da educação.

## Considerações finais

A realidade internacional não mais comporta, conforme vimos, uma visão compartimentalizada da atuação perante as crises e emergências humanitárias. Com efeito, considerar a educação como importante apenas num momento posterior, sendo o foco das intervenções humanitárias meramente salvar vidas e resguardar a integridade física da população civil é não compreender a importância que esse direito carrega para o crescimento dos indivíduos e para as comunidades afetadas em geral.

Pode-se ir além: a própria dicotomização entre quais atividades seriam adequadas num primeiro momento – as de socorro que visam salvar vidas e as que produzem a maioria de seus efeitos a longo prazo – é prejudicial. A violência e a pobreza têm a mesma raiz na tendência humana de desumanizar o outro, o que faz ser muito mais palatável uma atuação baseada em filantropia e beneficência nos contextos de emergência, patrocinando a mera manutenção de vidas humanas e o restabelecimento de um *status quo* opressor. Contudo, tal posição não favorece o reconhecimento desse outro como sujeito de direitos – inclusive do direito à educação. Nesse sentido, a abordagem de direitos humanos em emergências é, também, humanizadora.

Assim, reconhecer a essencialidade do respeito à educação no âmbito das intervenções humanitárias é de suma importância para os indivíduos em contextos de crise, principalmente os mais vulneráveis, para que não haja um agravamento de sua situação e, se feito de maneira correta, serve para oportunizar as condições viabilizadoras de uma realidade mais equânime. Inclusive, esse reconhecimento é indispensável para que haja uma designação de aportes financeiros adequados por parte de governos, ONGs e das Nações Unidas às iniciativas ligadas à educação em contextos de emergência, que correspondam à relevância dessa atuação.

Não se trata, portanto, de negar a importância das medidas mantenedoras da vida humana em situações emergenciais no âmbito da atuação humanitária,

mas apenas de reconhecer que, para que os países afetados superem suas crises, não podem negligenciar suas obrigações para com seu povo no que tange ao direito à educação. Se feito da maneira correta, o complexo de atividades que busca garantir o direito à educação em contextos de crise pode ser, até mesmo, usado a favor de um desenvolvimento sustentável, possibilitando que os indivíduos mais afetados pelas mazelas sociais na contextura das emergências possam não apenas sobreviver incólumes, mas, também, prosperar.

## Referências

ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**, v. 2. 2011. p. 84-126. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84\\_3.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en). Acesso em: 1 jul. 2017.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Mar. 2008. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra**. 16 ago. 1949. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949**. 08 jun. 1977. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument>. Acesso em: 01 jul. 2017.

DAVIS, Gabrielle Mary. **Living with Landmines: Mine action, Development and Wellbeing in post-conflict societies – a case study in Cambodia**. Bath: Universidade de Bath, 2015. Tese. Disponível em: [https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES\\_Gabrielle\\_PhD\\_Thesis\\_22\\_07\\_15.pdf](https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES_Gabrielle_PhD_Thesis_22_07_15.pdf). Acesso em: 1 jul. 2017.

ESTATUTO DE ROMA. 17 jul. 1998. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

FOX, Fiona. New Humanitarianism: Does it Provide a Moral Banner for the 21 Century? **Disasters**, v. 25, n. 4, p. 275-289, 2001. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/227807161\\_New\\_Humanitarianism\\_Does\\_It\\_Provide\\_a\\_Moral\\_Banner\\_for\\_the\\_21st\\_Century](https://www.researchgate.net/publication/227807161_New_Humanitarianism_Does_It_Provide_a_Moral_Banner_for_the_21st_Century)>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FREIRE, Paulo. **A Pedagogia do Oprimido**. 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

UNESCO. **International Standard Classification of Education**. Nov. 1997. Disponível em: [http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/doc/isced\\_1997.htm](http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/doc/isced_1997.htm). Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Disponível em: [https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 16 dez. 1966. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto\\_internacional.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Committee on the Rights of the Child on its General Discussion on the Right of the Child to Education in Emergencies Situation**. 19 de setembro de 2008. Disponível em: [http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC\\_Report\\_Right\\_of\\_the\\_Child\\_to\\_Education\\_in\\_Emergencies\\_2008.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Report_Right_of_the_Child_to_Education_in_Emergencies_2008.pdf). Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. Disponível em: <http://www.unicefinemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

PISENTIN, Elena. **The Right to Education in Emergency Situations: A Rights-Based Assessment on the Humanitarian Response after the Earthquake in Haiti**. Pádova: Università Degli Studi di Padova, 2014. Dissertação. Disponível em: [tesi.cab.unipd.it/52610/](http://tesi.cab.unipd.it/52610/). Acesso em: 04 jul. 2017.



# **A EIRELI titularizada por pessoa jurídica e a sociedade unipessoal no Brasil: comparação com o direito lusitano**

Eireli headed by legal person and the one partner society in  
Brazil: a comparison with the portuguese law

## **Stela Carvalho Almeida**

Pesquisadora financiada pela FAPEMIG. Graduanda em Direito pela Faculdade Milton Campos (FDMC).  
Endereço eletrônico: stlcarvalho@gmail.com

## **João Lucas Costa de Miranda**

Pesquisador financiado pela FAPEMIG. Graduando em Direito pela Faculdade Milton Campos (FDMC) e em Ciências Contábeis pela Faculdade de Economia e Finanças IBMEC. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito de Lisboa (2017). Endereço eletrônico: jlcostam@gmail.com

## **Layla Maria Fabel Gontijo**

Mestranda do Programa de Pós-graduação *Strictu senso* em Relações Sociais e Econômicas da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Bolsista CAPES. Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), registrado no CNPq. Representante Discente do Programa de Pós-graduação *Strictu senso* em Relações Sociais e Econômicas da FDMC. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito de Coimbra (2011). Endereço eletrônico: laylafabel@gmail.com

**Resumo:** Com o advento da Instrução Normativa DREI Nº 38, ficou permitida a titularidade da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) por pessoa jurídica, fato anteriormente não mencionado pela Lei nº 12.441/2011 – que sufragou o referido instituto no Brasil. Com isso, por omissão da retro mencionada Lei, uma mesma pessoa jurídica pode figurar em mais de uma empresa dessa modalidade. Dessa forma, uma mesma pessoa juridicamente constituída pode constituir duas EIRELIs e, a partir destas, uma nova sociedade. Assim sendo, o presente artigo pretende enunciar que essa formação societária, além de não ir contra a teoria do contrato plurilateral, funciona como facilitador de constituição de sociedades no país, assemelhando-se à sociedade unipessoal presente no direito lusitano.

**Palavras-chave:** EIRELI Pessoa jurídica. Instrução Normativa DREI Nº 38. Contrato plurilateral. Estratégia organizacional.

**Abstract:** With the advent of Normative instruction DREI Nº 38, became allowed the titularity of the Individual Enterprise of Limited Responsibility (EIRELI) by a legal person. In this sense, the same legal person can constitute two EIRELIs and create a new corporation, however it accomplish the necessary plurality of partnters. Therefore, the present article wants to analyze if this new corporate formation goes against the theory of the plurilateral contract, discussing if it is subverting or not the Brazilian legal system. For that, the researchers compared this Brazilian new institute with the unipessoal society existent in the Portuguese law.

**Keywords:** EIRELI. Legal Person. Normative Instruction DREI Nº 38. Plurilateral Contract. Organizational Strategy.

## Introdução

Em 2011, ainda com a existência do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), determinou-se, por meio do Manual de Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que “não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica”<sup>663</sup>. No ano de 2013, em que ocorreu a substituição

---

663 BRASIL. Presidência da República. Secretaria da Micro e Pequena Empresa Secretaria de Racionalização e Simplificação. Departamento de Registro Empresarial e Integração. **Manual de Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI**. Atualizado de acordo com a Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, e Instrução Normativa DREI nº 26, de 10 de

do DNRC pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), tal impedimento se manteve. Nesse sentido, a Instrução Normativa DREI nº 10, de 05 de dezembro de 2013, que consiste no Manual de Registro Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, dispunha no item 1.2.11: “Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”<sup>664</sup>. Via-se, portanto, a manutenção das amarras burocráticas que tolhem o avanço do empreendedorismo no país.

A limitação da constituição de EIRELI por pessoa jurídica parecia um fato imutável. No entanto, a referida situação alterou-se em maio de 2017, com a Instrução Normativa DREI nº 38, que no item 1.2.5 do Anexo 5 passou a autorizar a capacidade de ser titular de EIRELI “pessoa jurídica nacional ou estrangeira”<sup>665</sup>.

Essa mudança, sem sombra de dúvidas, ampliou o rol de utilizadores do instituto EIRELI, de forma a potencializar sua adesão – que ainda não é muito alta. Por outro lado, junto com essa ampliação, irrompem-se maiores possibilidades de organização societária. Para que se entenda este panorama, deve-se ter em conta a norma inserta no artigo 981 do Código Civil de 2002 (CC/02) que dispõe: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Assim, o direito societário brasileiro adere à teoria do contrato plurilateral, ou seja, o contrato com mais de duas partes, cuja prestação de cada uma é dirigida à consecução de um fim comum. Em outras palavras, além de determinar que a sociedade só se cria mediante contrato, também obriga que haja a pluralidade de pessoas. Nesse sentido, esclarece-se:

Quando se fala em plurilateralidade, em relação aos que participam do contrato, é bom explicar, não se tem em consideração o número de

---

setembro de 2014. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Manual-Registro-EIRELI.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

664 BRASIL. Secretaria de Governo. Secretaria especial da micro e pequena empresa departamento de registro empresarial e integração. **Instrução Normativa DREI nº 38, de 2 de março de 2017**. Disponível em: <https://mapajuridico.files.wordpress.com/2017/03/in-drei-38-2017.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

665 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 371-372.

partes, mas a indeterminação do número, ou melhor, a possibilidade de participação de um número variável de partes. É ele aberto à adesão de novas partes. A circunstância de ser reduzido a dois o número de membros não tira ao contrato de sociedade o traço típico de plurilateralidade<sup>666</sup>.

Em razão disso, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente a existência de sociedades unipessoais. Ademais, o CC/02, ao mesmo tempo em que legisla sobre a necessidade de duas ou mais pessoas como requisitos societários, não menciona a diferenciação entre personalidade natural e jurídica, ou seja, independe o tipo de personalidade para a formação da sociedade, desde que seja respeitado o critério da pluralidade. Nesse sentido, ao tratar das hipóteses de dissolução, o inciso IV do artigo 1.033 do CC/02 determina a dissolução da sociedade pela “falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias”<sup>667</sup>.

O breve texto legal que deu origem à EIRELI (Lei nº 12.441/2011), acrescentou o artigo 980-A ao Código Civil de 2002. O §2º do artigo 980-A do CC/02 determina que: “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”<sup>668</sup>. Dessa forma, a limitação quantitativa inserta na norma restringe-se apenas da pessoa natural, permitindo que a jurídica, por outro lado, figure em mais de uma EIRELI.

Com os pontos ora levantados, observa-se que a pessoa jurídica, além de poder titularizar Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), também pode figurar em mais de uma empresa dessa modalidade. Sob esse prisma, almeja-se responder às seguintes questões: Uma pessoa jurídica formada a partir de 02 (duas) EIRELIs distintas, cujo titular é a mesma pessoa jurídica, respeitaria a teoria do contrato plurilateral adotada pelo Brasil?

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar se a Instrução Normativa DREI n. 38 representa uma fragilização da teoria

---

666 REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 371-372.

667 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 fev. 2018.

668 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 fev. 2018.

do contrato plurilateral, historicamente adotada pelo Brasil, uma vez que, a partir da nova regulamentação, uma pessoa jurídica pode constituir 02 (duas) EIRELIs e estas poderão formar nova sociedade. Buscar-se-á, de modo específico, verificar se essa nova formação social – uma possível sociedade unipessoal – respeitaria ou não a teoria do contrato plurilateral, uma vez que embora sejam EIRELIs distintas entre si, possuem o mesmo titular.

Como marco teórico, adota-se o conceito de sociedade unipessoal formulado por Nelson Nones e a teoria do contrato plurilateral desenvolvida por Tulio Ascarreli, visando demonstrar que essa flexibilização legislativa, na realidade, é precursora de movimento para reduzir os embaraços burocráticos da constituição de sociedades.

Conclui-se que com a permissibilidade da formação unipessoal, os empreendedores possuem maior liberdade de atuação.

## 1 Desenvolvimento

A sociedade unipessoal, ainda que pouco explorada no Brasil e generalidade da América Latina, já se faz presente na quase totalidade dos países da Europa – ainda que esse movimento seja recente, por volta da segunda metade do século XX. Tal modelo societário é preterido pelos ordenamentos jurídicos, que não autorizam a existência de sociedade unipessoal, pois:

Até pouco tempo atrás, a sociedade unipessoal era tratada como uma curiosidade teórica, sem reconhecimento positivo. Como uma única exceção citava-se a experiência emblemática do Anstalt de Liechtenstein, cuja fama de paraíso fiscal contribuía para criar uma forte sensação de fraude, quando se falava de sociedade unipessoal de responsabilidade limitada<sup>669</sup>.

Na América Latina, conforme Calixto Salomão Filho, observa-se que certo grau de desconfiança por parte dos legisladores se mantém, uma vez que poucos países reconhecem a sociedade unipessoal, ao passo que “os

---

669 SALOMÃO, Calixto. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 9.

ordenamentos que regulamentam a atividade empresarial optam pela fórmula não-societária da empresa individual de responsabilidade limitada<sup>670</sup>.

Cumprido salutar que, com o avanço do direito societário, bem como do ímpeto empreendedor, essa opção vem se apresentando cada vez mais natural, porquanto facilita a constituição de uma sociedade e concede mais autonomia ao indivíduo que deseja se aventurar no mundo empresarial, sem, contudo, necessitar de cumprir o requisito da pluralidade de sócios.

Para melhor compreensão do objeto de estudo do presente trabalho científico, adota-se o conceito de sociedade unipessoal formulado por Nelson Nones, na qual sociedade unipessoal é definida “como a sociedade empresária personificada, constituída sob a forma de sociedade limitada ou anônima, por um único sócio; pessoa natural ou jurídica e com sua responsabilidade limitada ao capital social<sup>671</sup>. Ademais, a distinção da referida sociedade para a empresa individual de responsabilidade limitada é que: “[esta] é conceituada como uma pessoa jurídica de direito privado, constituída por vontade unipessoal (unilateral) da pessoa natural ou jurídica, com patrimônio distinto do de seu titular<sup>672</sup>”.

Por outro lado, outra diferença refere-se ao respaldo legal de ambos institutos: enquanto, em regra, a empresa individual de responsabilidade limitada é permitida no Brasil, a sociedade unipessoal não o é. Esta, diferentemente, nasce a partir de exceções, sendo uma forma decorrente e outra originária. Aquela, encontra-se sufragada no artigo 1.033 do CC/02:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta<sup>673</sup>.

---

671 NONES, Nelson. **A sociedade unipessoal**: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português. *Novos Estudos Jurídicos*, ano VI, nº 12, abr./2001. p. 15. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>. Acesso em: 05 fev. 2018.

672 NONES, Nelson. A sociedade unipessoal: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português. *Novos Estudos Jurídicos*, ano VI, nº 12, abr./2001. p. 15. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>. Acesso em: 05 fev. 2018.

673 BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 fev. 2018.

Já a sociedade unipessoal, de caráter originário, é respaldada pela Lei Federal n. 13.247 de 2016 que, ao modificar o artigo 15 da Lei n. 8.906 de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), permitiu ao advogado constituir sociedade unipessoal. A referida norma prescreve que “Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral”<sup>674</sup>.

Dessa forma, até então, não havia no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de constituição discricionária da sociedade unipessoal. Deveria, como visto, atender a uma das hipóteses excepcionais taxativamente elencadas na lei.

No entanto, vislumbra-se que, a partir da Instrução Normativa DREI n. 38, de 02 de maio de 2017, o legislador preferiu flexibilizar o rol de sociedades unipessoais autorizadas pelo ordenamento jurídico, uma vez que impôs a limitação quantitativa tão somente às pessoas naturais. Portanto, seria permitido à pessoa jurídica, a partir da titularidade de duas EIRELIs, organizá-las em mesmo polo societário e, com isso, cumprir os requisitos da pluralidade de sócios e constituir nova sociedade.

Todavia, a referida sociedade não seria uma sociedade unipessoal em sentido formal, já que se formaria a partir da união de duas – ou mais – empresas individuais de responsabilidade limitada cujo titular é o mesmo. Analisando-se a hipótese ventilada a partir do sentido material, a conclusão não seria a mesma: o ânimo de associação parte da pessoa jurídica detentora das EIRELIs.

Com essa constatação, percebe-se que a Instrução Normativa DREI nº 38 consagra, de maneira indireta, a formação societária unipessoal para pessoas jurídicas. Nesse cenário, um indivíduo, valendo-se de personalidade jurídica própria, que queira engajar-se na constituição de uma sociedade limitada ou companhia, não deve necessariamente buscar o *affectio societatis*, uma vez que bastaria cumprir as formalidades elencadas na lei e ingressar no universo societário. Tal ingresso ocorreria de forma mais célere, autônoma e independente, além de contar com a blindagem patrimonial oriunda desse

---

674 BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm). Acesso em: 03 fev. 2018.

complexo de sociedades, que possibilita maior volatilidade do empreendedor em contrair riscos.

## 2 Teoria do contrato plurilateral

A teoria do contrato plurilateral irrompe na doutrina em 1969, a partir da obra “Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado”, do jurista italiano Tulio Ascarelli, na qual:

A pluralidade corresponde à circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum<sup>675</sup>.

Em razão disso, o referido autor esclarece que o contrato social não vincula as pessoas entre si, mas sim com o próprio escopo social. Para facilitar a visão de sua teoria, o renomado autor propõe o seguinte exemplo:

Se quiséssemos ser indulgentes para com o uso recente de imagens geométricas na ilustração de fenômenos jurídicos, poderíamos dizer que, no contrato de sociedade e nos contratos plurilaterais em geral, as partes se acham como dispostas em círculo; nos demais contratos, ao contrário, cada uma das (duas) partes se acha num dos extremos de uma linha<sup>676</sup>.

Denota-se, enfim, uma reciprocidade das obrigações assumidas entre os sócios e uma coordenação de seus interesses para a finalidade social. Essa conceituação teórica relaciona-se com o direito comercial brasileiro, o que se extrai do artigo 981 do CC/02, retro transcrito na Introdução do presente trabalho.

---

675 ASCARELLI, Túlio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 268.

676 ASCARELLI, Túlio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 271.



A exposição doutrinária da sociedade unipessoal e da teoria do contrato plurilateral possibilita analisar como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona a partir da inovação trazida pela Instrução Normativa DREI Nº 38. Preliminarmente, é mister asseverar – a partir do magistério de Márcio Xavier Coelho –, que a EIRELI constitui estritamente uma nova pessoa jurídica<sup>677</sup>. Essa nova personalidade é totalmente diferente de seu titular, notadamente por dois fatores: o primeiro deles, por possuir patrimônios de afetação distintos; o segundo, por ser concebida com nomenclatura diversa (artigo 980-A, §1º, CC/02), isto é, o titular com seu nome natural e a EIRELI com seu nome empresarial.

Por um lado, verifica-se a existência da pluralidade no sentido formal, não havendo que se falar em confusão sob a perspectiva do direito, pois há autonomia entre o titular da nova pessoa jurídica – formada a partir de 02 (duas) ou mais EIRELIs – e própria sociedade empresa individual criada, uma vez que são entes diversos do titular e, também, entre si, de forma que representam a união de esforços para persecução do escopo social. Em uma análise puramente formal, a Instrução Normativa DREI n. 38 não fragilizou a teoria do contrato plurilateral, tampouco flexibilizou o rol taxativamente previsto de hipóteses nas quais o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a existência de sociedade unipessoal.

Por outro lado, ao se analisar o sentido material, ou seja, o instinto associativo presente na constituição da nova sociedade, extrai-se que o instinto associativo é único, porquanto o mesmo se origina de um único titular, que lhe confere a caracterização de unipessoal. A partir da Instrução Normativa DREI n. 38, se determinada pessoa jurídica, já detentora de considerável patrimônio, deseja se arriscar em novo mercado, poderá se valer de duas EIRELIs e constituir nova sociedade. Pela perspectiva do empreendedorismo, tal inovação no ordenamento jurídico é bem-vista, pois confere maior autonomia ao empresário.

### **3 Sociedade unipessoal: perspectivas no direito lusitano**

Inicialmente, o legislador Portugal criou o Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL), por meio do Decreto-Lei

---

677 COELHO, Márcio Xavier Coelho. **A Responsabilidade da EIRELI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

n.º 248/86, com o objetivo central de promover a limitação de responsabilidade patrimonial ao empreendedor. Entretanto, não foi constituída personalidade jurídica autônoma à EIRL, aplicando-se, porém, a técnica do patrimônio de afetação que consagrou, nos termos do item 7 da justificativa ao Decreto-Lei n.º 248/86 lusitano, “um expediente técnico legal que permita ao comerciante em nome individual destacar do seu património geral uma parte dos seus bens, para destinar à atividade mercantil”<sup>678</sup>. Nesta perspectiva, o instituto atendia as expectativas do comerciante, ao mesmo tempo em que protegia o terceiro credor de “graves prejuízos”, motivo de grandes preocupações do legislador.

Contudo, a EIRL não obteve êxito nos resultados esperados, quais sejam de desenvolvimento e amadurecimento de pequenos empreendimentos. Ademais, parte do insucesso da EIRL decorreu da ausência, por parte do instituto, da criação de uma pessoa jurídica autônoma, o que provavelmente ocorreu pelo apego doutrinário à concepção da teoria do contrato plurilateral.

Diante disso, foi criada através do Decreto-Lei n.º 257/96 a Sociedade Unipessoal por Quotas de Responsabilidade Limitada. A criação do novo instituto foi justificada da seguinte maneira pelos legisladores lusitanos:

A criação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, não atingiu esses resultados. Fiel à doutrina tradicional, o legislador de então não conseguiu ultrapassar a concepção contratualista da sociedade e por isso rejeitou qualquer concessão à sua concepção institucional. Quedou-se pela constituição de um património autónomo afectado a um fim determinado, mas desprovido dos autónomo afectado a um fim determinado, mas desprovido dos benefícios da personalidade jurídica. Afastou-se expressamente das soluções já nessa altura adoptadas pela Alemanha e pela França. Portugal tornou-se o único Estado membro da Comunidade Europeia a optar pela via do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Teve-se como indiscutível que a sociedade unipessoal não era instrumento apropriado à realidade do nosso país e daí enveredar-se por uma pretensa e difícil inovação. Negou-se a

---

678 PORTUGAL. DL n.º 248/86, de 25 de Agosto. Cria o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=678&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=678&tabela=leis). Acesso em: 03 fev. 2018.

personalização a algo que a reclamava. É certo que a instituição das sociedades unipessoais por quotas levantou inicialmente delicados problemas doutrinários. Não faltou quem considerasse um «absurdo» a existência legal de sociedades unipessoais. Essa dificuldade recebeu uma resposta teórica, em que a sociedade unipessoal constituiria a exceção à regra das sociedades pluripessoais. Mas importa sobretudo facultar às pessoas uma forma de limitação da sua responsabilidade que não passe pela constituição de sociedades fictícias, com «sócios de favor», dando azo a situações pouco claras no tecido empresarial. Foi esta realidade que justificou a Directiva n.º 89/667/CE, bem como as alterações legislativas ocorridas, designadamente em Espanha com a Lei 2/1995, de 23 de Março, em França com a Lei n.º 85/697, de 11 de Julho, na Itália com o Decreto Legislativo n.º 88, de 3 de Março de 1993, e na Bélgica com a Lei de 14 de Julho de 1987. É ainda o reconhecimento dessa realidade que serve de primordial fundamento à presente institucionalização. Impõe-se, pois, sem abjurar, de momento, nenhuma das figuras legalmente estabelecidas, criar um novo tipo de sociedade, em que a responsabilidade do sócio único seja limitada. Sobretudo em relação às pequenas e médias empresas, espera-se que este novo tipo de sociedade constitua mais uma escolha que facilite a sua legalização e uma adaptação maior ao importante papel que desempenham no tecido económico nacional. (Grifo nosso)<sup>679</sup>.

De fato, a Sociedade Unipessoal por Quotas de Responsabilidade Limitada, atribuiu ao empreendedor individual personalidade jurídica autônoma por meio da criação da sociedade unipessoal, permitido a constituição por pessoa física ou jurídica, podendo ser a unipessoalidade originária ou superveniente. Desta forma, a Sociedade Unipessoal por Quotas de Responsabilidade Limitada pode ser constituída por um único sócio ou derivar da transformação de uma sociedade com pluralidade de sócios ou da ERLI, conforme disposto no artigo 270º-A do Código das Sociedades Comerciais de Portugal:

---

679 PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 257/96, de 31 de Dezembro**. Altera o Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que aprova o Código das Sociedades Comerciais, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 328/95, de 9 de Dezembro, o Código Comercial, o Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=462&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=462&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=). Acesso em: 05 fev. 2018.

2. A sociedade unipessoal por quotas pode resultar da concentração na titularidade de um único sócio das quotas de uma sociedade por quotas, independentemente da causa da concentração.

4 - A constituição originária da sociedade unipessoal por quotas deve ser celebrada por escritura pública, sendo suficiente documento particular se não forem efectuadas entradas em bens diferentes de dinheiro para cuja transmissão seja necessária aquela forma.

6 - O estabelecimento individual de responsabilidade limitada pode, a todo o tempo, transformar-se em sociedade unipessoal por quotas, mediante escritura pública, salvo se do seu património não fizerem parte bens para cuja transmissão seja necessária aquela forma, caso em que é suficiente documento particular<sup>680</sup>.

Destarte, o empreendedor individual português pode exercer a atividade empresarial de três maneiras: Empresário em Nome Individual, Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (o qual aplica a técnica de patrimônio de afetação) e a Sociedade Unipessoal por Quotas de Responsabilidade Limitada. Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas possibilidades: o Empresário em Nome Individual (modelo semelhante ao português, em que o empreendedor possui responsabilidade patrimonial ilimitada) e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), instituto que possui semelhanças ao modelo lusitano de Sociedade Unipessoal<sup>681</sup>.

A EIRELI foi instituída pela Lei n. 12.441 de 2011 e trouxe grandes avanços para ordenamento jurídico brasileiro ao permitir que o empreendedor individual tenha separação patrimonial, o que é feito com a criação de um novo ente jurídico personalizado. Nessa perspectiva, pode ser titular da EIRELI pessoa natural ou jurídica, poderá ser constituída de maneira originária ou superveniente, o que ocorre quando houver concentração de quotas por outra modalidade. O legislador brasileiro optou por conferir à

---

680 PORTUGAL. DL n° 262/86, de 02 de Setembro. Código das Sociedades Comerciais. Disponível em : [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=524&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis). Acesso em: 05 fev. 2018.

681 FACCHIM, Tatiana. **Sociedade Unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa**. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-05012011-163718/en.php>. Acesso em: 05 fev. 2018.

EIRELI a modalidade de pessoa jurídica de direito privado, introduzindo-a no inciso VI do artigo 44 do CC/02.

Verifica-se que a estrutura organizacional da EIRELI se enquadra em uma sociedade unipessoal. Porém, a EIRELI não pode ser assim classificada por uma opção legislativa retrógrada, em descompasso com a evolução doutrinária internacional. Porém, tal justificativa foi superada em Portugal:

Pela análise da evolução legislativa no direito comparado verifica-se, portanto, que a sociedade unipessoal perdeu seu caráter de impropriedade terminológica e passou a ser vista como uma consequência do caráter organizativo das sociedades, da estruturação de um ente dirigido à consecução de determinado objeto. A sociedade passa a ser a organização de capital e trabalho para atender às necessidades do mercado, o que independe do simples agrupamento de pessoas<sup>682</sup>.

É relevante ressaltar que os dois institutos jurídicos, tanto a Sociedade Unipessoal por Quotas de Responsabilidade Limitada (Portugal) quanto a Empresa individual de Responsabilidade limitada (Brasil), são idealizados para a criação, o desenvolvimento e aperfeiçoamento de pequenos e médios empreendimentos, que estimulam a geração de empregos e fomenta a economia. Nesse sentido, dispõe o legislador português:

As sociedades de responsabilidade limitada são a forma por excelência escolhida pelas pequenas e médias empresas. É clara entre nós a propensão dos empresários para a utilização deste tipo de sociedades como forma de enquadramento jurídico das suas empresas. As sociedades unipessoais por quotas existem em quase todos os Estados membros da Comunidade Europeia, já por razões jurídicas, já por razões económicas. Importa introduzi-las no nosso direito das sociedades. Na verdade, estas sociedades podem facilitar o aparecimento e, sobretudo, o são desenvolvimento de pequenas empresas, que, como

---

682 FACCHIM, Tatiana. **Sociedade Unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa**. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-05012011-163718/en.php>. Acesso em: 05 fev. 2018.

é reconhecido, constituem, principalmente em épocas de crise, um factor não só de estabilidade e de criação de emprego mas também de revitalização da iniciativa privada e da actividade económica em geral. Permitem, efectivamente, que os empreendedores se dediquem, sem recurso a sociedades fictícias indesejáveis, à actividade comercial, beneficiando do regime da responsabilidade limitada<sup>683</sup>.

Neste sentido, um instituto jurídico solidamente estruturado possibilita que, em tempos de crise econômica, o empreendedor tenha segurança jurídica e oportunidade para gerir seu negócio. Afinal, vários empreendimentos surgem e crescem em meio ao caos financeiro, conforme demonstra pesquisa realizada em 2016 pela Unitfour<sup>684</sup> – entidade fornecedora de dados para o mercado. A pesquisa demonstra que o Brasil obteve, em janeiro de 2016, um crescimento de 17% (dezessete) em relação ao mês anterior no número de empresas registradas. Sendo assim, afirma-se que a Instrução Normativa DREI nº 38, ao permitir a criação de uma EIRELI a partir de duas pessoas jurídicas distintas, mas cujo titular é idêntico, pode ser um instrumento facilitador da atividade empreendedora no país.

## Considerações finais

Em termos de estratégia organizacional, seja pelas questões de facilidade associativa, seja pela blindagem patrimonial, o panorama da sociedade unipessoal vem para fomentar a seara do empreendedorismo. Mais do que isso, vem para inovar o direito comercial e empoderar os que se arriscam no mundo societário – muitas vezes combalidos por esse mesmo ordenamento.

No que concerne ao empreendedorismo, cita-se o nobel em economia Joseph Schumpeter, que conceitua: “O empreendedor é aquele que destrói a ordem econômica existente pela introdução de novos produtos e serviços, pela

---

683 PORTUGAL. **Decreto-lei nº 248/86, de 25 de Agosto**, que cria o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=678&xtabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=678&xtabela=leis). Acesso em: 05 fev. 2018.

684 UNITFOUR. Empreendedores da crise: abertura de empresas cresce 17% na comparação anual. Disponível em: <http://noticias.unitfour.com.br/2016/03/14/empreendedores-da-crise-abertura-de-empresas-cresce-17-na-comparacao-anual/>. Acesso em: 05 fev. 2018.

criação de novas formas de organização ou pela exploração de novos recursos materiais”<sup>685</sup>. No presente caso, tal novidade é a sociedade unipessoal.

A partir dessas considerações, figura-se necessário que a inovação legislativa trazida pela Instrução Normativa nº 38 – uma sociedade unipessoal travestida – seja taxativamente legislada no Brasil. Isso viria por garantir segurança jurídica ao instituto e, ademais, reduziria gastos – de tempo e de recursos – que não têm causa senão no excesso burocrático, figura atormentadora no cenário empreendedor brasileiro.

Conclui-se, portanto, que a intitulação da EIRELI como modelo de sociedade unipessoal é mais técnica e com natureza jurídica mais apropriada. Portanto, aconselha-se que o legislador brasileiro adote a sociedade unipessoal, alinhando-se à tendência internacional, conforme exemplificado com o estudo de direito comparado. Dessa forma, afirma-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda está em descompasso com a evolução do direito societário internacional, uma vez que não admite o instituto que obtém aceitação pela maioria dos países europeus, inclusive, Portugal que constatou o insucesso da EIRL e cedeu à sociedade unipessoal.

Por fim, vislumbra-se a forma como estratégia administrativa e aparato jurídico andam juntos. E, para além disso, constata-se como a influência recíproca dessas áreas e a concatenação de esforços podem trazer benévolas novidades.

## Referências

ASCARELLI, Túllio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). **Instrução Normativa DREI nº 10, de 05 de dezembro de 2013**. Disponível

---

685 SCHUMPETER, Joseph. Economic theory and entrepreneurial history, in Change and the entrepreneur: postulates and patterns of entrepreneurial history. Cambridge: Harvard U.P., 1949. **Revista Brasileira de Inovação**. Republicado com uma introdução de Tamás Szmrecsányi. v. 1. n. 2. jul/dez.2002. p. 201-224. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648859/15395>. Acesso em: 05 fev. 2018..

em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/in-drei-10-2013.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). **Instrução Normativa DREI nº 38, de 02 de março de 2017**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/instrucao-normativa-drei-38-2017.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm). Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm). Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.247, de 12 de janeiro de 2016**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13247.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13247.htm). Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria da Micro e Pequena Empresa Secretaria de Racionalização e Simplificação. Departamento de Registro Empresarial e Integração. **Manual de Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI**. Atualizado de acordo com a Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, e Instrução Normativa DREI nº 26, de 10 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Manual-Registro-EIRELI.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

COELHO, Márcio Xavier Coelho. **A Responsabilidade da EIRELI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

FACCHIM, Tatiana. **Sociedade Unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa**. 2010. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível



em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-05012011-163718/en.php>. Acesso em: 05 fev. 2018.

NONES, Nelson. A sociedade unipessoal: uma abordagem à luz do direito italiano, espanhol e português. **Novos Estudos Jurídicos**, ano VI, nº 12, abr./2001, p. 13-32. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1460/1154>. Acesso em: 05 fev. 2018.

PORTUGAL. **DL n.º 248/86, de 25 de Agosto**. Cria o estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=678&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=678&tabela=leis). Acesso em: 03 fev. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 257/96, de 31 de Dezembro**. Altera o Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que aprova o Código das Sociedades Comerciais, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 328/95, de 9 de Dezembro, o Código Comercial, o Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=462&tabela=lei\\_velhas&nversao=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=462&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=). Acesso em 05 fev. 2018.

PORTUGAL. **DL nº 262/86, de 02 de Setembro**. Código das Sociedades Comerciais. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=524&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis). Acesso em: 05 fev. 2018.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALOMÃO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHUMPETER, Joseph. Economic theory and entrepreneurial history, in Change and the entrepreneur: postulates and patterns of entrepreneurial history. Cambridge: Harvard U.P., 1949. **Revista Brasileira de Inovação**. Republicado com uma introdução de Tamás Szmrecsányi. v. 1. n. 2. jul/dez.2002. p. 201-224. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648859/15395>. Acesso em: 05 fev. 2018.



# **O empoderamento feminino nas questões filosófico-políticas com base no filme da Mulher-Maravilha**

The feminine empowerment in the philosophical-political issues based on the movie of the Wonderful woman

*“Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa substância”.*

**(Simone de Beauvoir)**

## **Júlia Maia de Meneses Coutinho**

Professora da Unifor nas disciplinas de Filosofia Geral e Antropologia Jurídica. Doutoranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Unifor. Mestra em Direito Constitucional pela Unifor (bolsista Funcap). Participante do Grupo de Pesquisa da “Constituição de 1937”, sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne. Especialista em Marketing e Direito Público. Graduada em Publicidade e Propaganda e Direito (bolsista FEQ). E-mail: [juliacoutinho@unifor.br](mailto:juliacoutinho@unifor.br)

## **Manuela Hortêncio Batista**

Graduanda em Direito pela Unifor. Aluna ouvinte da disciplina de Antropologia Jurídica no semestre de 2017.1. Este artigo é resultado da orientação de pesquisa científica realizada pela aluna em parceria com a professora Júlia Coutinho, em virtude do Evento *Colóquio de Antropologia Jurídica*, realizado nos dias 02, 04 e 09/05/2017, no auditório A01, da Universidade de Fortaleza

## **Zaneir Gonçalves Teixeira**

Advogada (OAB-CE 12.638), Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Professora da Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: [zaneir@unifor.br](mailto:zaneir@unifor.br)

**Resumo:** O artigo trouxe uma maneira diferenciada de expor a questão do empoderamento feminino na sociedade hodierna. Inicialmente se fez necessário traçar o contexto histórico mundial e brasileiro para entender onde e quando foram plantadas as sementes desse movimento social. Por conseguinte, trata-se das questões filosófico-políticas acerca do tema, haja vista que tais perspectivas transpuseram a Antiguidade, a Idade Média, a Modernidade e a Contemporaneidade, sendo, portanto, um problema que ultrapassa a história, o tempo e a apreensão humana do conhecimento. Por fim, promoveu-se a simbiose do empoderamento feminino com uma metáfora em relação ao Filme da Mulher-Maravilha, para que o problema central deste escrito fosse superado, qual seja, se a mulher hoje já conseguiu superar as desigualdades políticas e sociais em relação ao homem.

**Palavras-chave:** Empoderamento feminino. Questões filosófico-políticas. Mulher Maravilha.

**Abstract:** The article brought a different way of exposing the issue of female empowerment in today's society. Initially it was necessary to trace the world and brazilian historical context to understand where and when the seeds of this social movement were planted. Therefore, it is a question of philosophical-political questions about the subject, since such perspectives have transposed Antiquity, the Middle Ages, Modernity and Contemporaneity, being, therefore, a problem that goes beyond history, time and apprehension knowledge. Finally, the symbiosis of female empowerment was promoted with a metaphor in relation to Wonder Woman Film, so that the central problem of this writing would be overcome, that is, whether women today have been able to overcome political and social inequalities in relation to the man.

**Keywords:** Female empowerment. Philosophical-political questions. Wonder Woman.

## **Introdução**

A ideia inicial de confecção deste artigo partiu de uma conversa em sala de aula a respeito da protagonista do filme da Mulher-Maravilha, Gal

Gadot, em razão de seu cachê ter sido 2% (dois por cento)<sup>686</sup> do valor do protagonista do último filme do Super-Homem e essa informação não é nada maravilhosa!

Tal fato é espantoso, porém, corriqueiro em relação ao mercado de trabalho, quando se auferem valores salariais para homens e mulheres, que desempenham a mesma função dentro de uma empresa.

Qual o motivo para tamanha disparidade? Questões sociais e políticas sempre foram as maiores sombras da história feminina em termos mundiais e nacionais e, apesar do crescimento do movimento feminista ao longo dos tempos, muito ainda precisa ser conquistado.

No que diz respeito ao contexto histórico mundial, ainda que as vestes iluministas contribuíssem para a ampliação do feminismo, muitos filósofos da Antiguidade até a Contemporaneidade demonstraram preconceito em relação à mulher durante séculos e no Brasil isso não se deu de maneira diferente.

O filme da Mulher-Maravilha, uma heroína idealizada pelo psicólogo americano Willian Moulton Marston, inspirada no movimento sufragista feminista em prol do sufrágio igualitário, serve de exemplo para a luta das mulheres na conquista da capacidade eleitoral plena.

Para tanto, o artigo necessitou de uma metodologia bibliográfica interdisciplinar baseada em livros e artigos, com suporte no Filme da Mulher-Maravilha, para garantir a resolução do problema central deste escrito, qual seja, se passados longos anos, a mulher conseguiu superar, ainda que com grandes feitos e exemplos, o véu do preconceito social e político.

---

686 Esse dado quantitativo está mensurado em PATI, Camila. **Salário da Mulher-Maravilha é 2% do valor pago ao Super-Homem**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/carreira/salario-da-mulher-maravilha-e-2-do-valor-pago-ao-super-homem/>. Acesso em: 24 jul. 2017.

# 1 O processo histórico de construção do empoderamento feminino na política<sup>687</sup>

Partindo-se de uma perspectiva mundial, foi no século XIX que a concepção tradicional do sexo feminino gravitava em torno da órbita de mulher dedicada ao lar e à família, juntamente com a ideia de que eram seres inferiores e sem direitos, mas esse século foi, também, o início da participação delas em diversos movimentos sociais, trazendo à baila, portanto, o afloramento do feminismo.

Ao beber das fontes iluministas do século XVIII, as mulheres buscaram inspiração para reivindicar direitos e demandar independência. Nessa linha de orientação, o iluminismo representava uma possibilidade de mudança ao afirmar que todos os indivíduos eram iguais.

Por outro lado, muitos filósofos da época, que serão tratados na seção seguinte deste escrito, afirmavam que o sexo feminino era desprovido de raciocínio, por ser movido por paixões, e ressaltavam o ideal tradicional de mulher, silenciosa e submissa, repudiando as que ousassem atuar em atividades vistas como masculinas.

A Revolução Francesa deixou marcas importantes na história das mulheres, visto que as francesas reivindicaram o direito de poder frequentar estabelecimentos de ensino, de obter emprego, além de exigir do governo o controle de preços do mercado.

Tal iniciativa é um grande marco na construção do empoderamento feminino nas questões políticas, já que milhares de mulheres entraram na arena política, mesmo sem direitos formais reconhecidos, chegando a conquistar alguns direitos civis. Entretanto, a mulher teve sua atuação na política proibida e apenas o seu papel de mãe e de esposa foi considerado essencial e importante em todo o mundo.

---

687 O compilado histórico deste artigo partiu do estudo de três obras: a) AZEVEDO, Débora Bithiah de; RABAT, Márcio Nuno. **Palavra de Mulher**: oito décadas do direito de voto. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012; b) PINKSY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Mulheres. Igualdade e especificidade. *In*: PINSKY, Jaime; PINKSY, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2015. p. 265-310; c) COUTINHO, Júlia Maia de Menezes; LOPES, Karin Becker; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 - Marginalizados históricos?. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 305-328.

A partir do século XIX, foram travadas diversas batalhas em busca da ampliação e universalização da cidadania política, visto que só homens, com poder aquisitivo, podiam votar nesse período. Contudo, os avanços conquistados na legislação continuavam desfavorecendo as mulheres ou, até mesmo, acentuando a discriminação, enquanto favoreciam apenas os homens.

Desde o final do século XVIII, já se percebia a busca por cidadania e, conseqüentemente, pelo movimento feminista, que demandava direitos políticos e sociais. Em sua luta, o movimento sempre teve que enfrentar muitas dificuldades como o preconceito, a hostilidade e a violência, mas a consciência e as ideias feministas circularam e se popularizaram cada vez mais nos séculos seguintes.

Quando a democracia ganhou o *status* de ideal político, cada vez mais feministas ampliavam forças e simpatizantes.

Entretanto, surgiu em 1830, na Inglaterra<sup>688</sup>, o mais conhecido movimento pelos direitos das mulheres que lutava pela participação política feminina, além de terem outras reivindicações sociais.

Com isso, na transição do século XIX para o século XX, as sufragistas intensificaram a demanda pelo voto. Na França, o feminismo amadureceu durante as Revoluções de 1789, 1848 e 1871. O feminismo alemão, a partir da década de 1860, também desenvolveu organizações femininas locais em busca do direito de voto e do direito de manifestação pública feminina.

As feministas expressavam a importância das suas diligências organizando-se em quatro tipos de militância, com técnicas de propagandas, não violência ativa, desobediência civil e violência física. As sufragistas inglesas, por exemplo, tiveram uma atuação agressiva nas organizações, utilizando táticas extremistas, como o uso de bombas incendiárias, as invasões parlamentares e até os suicídios políticos. Foram batalhas árduas e necessárias que influenciaram outros movimentos de mulheres em quase todo o mundo ocidental, contribuindo para que muitas conquistas fossem efetivadas no século XX.

---

688 Nesse sentido, cf. AUSTEN, Jane. **Orgulho e Preconceito**. Tradução de Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Nesse clássico da literatura ocidental, a autora relata que, na Inglaterra do final do século XVII, as possibilidades de ascensão social eram limitadas para uma mulher sem dote. Em sua obra, a protagonista Elizabeth Bennet, ultrapassa os estereótipos femininos para conquistar um nobre e defender sua posição de Cinderela esclarecida, iluminista e feminista.

Após a ampliação massiva do movimento, a Nova Zelândia foi a pioneira em conferir às mulheres o direito de sufrágio ainda no século XIX, em 1893, e a Finlândia, no século XX, em 1906. Outros países como Estados Unidos, Alemanha, Áustria, Holanda, Canadá, Rússia, Islândia e Inglaterra concederam o sufrágio feminino logo após a Primeira Guerra Mundial, quando várias mulheres foram convocadas para substituir a mão de obra masculina nas indústrias, ultimando os argumentos preconceituosos, que defendiam apenas a vida doméstica<sup>689</sup> para o sexo feminino.

Ademais, a Segunda Guerra Mundial foi mais um marco para os direitos políticos femininos, quando novamente a força de trabalho das mulheres foi requisitada para ocupar diversas atividades produtivas. Após essa intensa participação feminina em países como Itália, França e Bélgica concederam o sufrágio para as mulheres.

Após relatados os acontecimentos históricos que fomentaram a busca pelos direitos femininos na seara política em termos mundiais, impende ressaltar que, no Brasil, o processo de empoderamento feminino na política não foi diferente. Embora algumas vezes tenha-se tentado romper as barreiras machistas, que proibiam o voto das mulheres, os ideais retrógrados da sociedade brasileira não permitiram esse avanço.

Nesse tino, somente com a integração feminina na educação, a possibilidade de voto tornava-se cada vez mais próxima das mulheres brasileiras. No ano de 1879, foi oficialmente permitido o ingresso de mulheres no ensino superior e, em 1880, Isabel de Mattos Dillon, dentista, teve sucesso na conquista do direito de voto, por via jurídica, visto que a Constituição vigente garantia o sufrágio aos possuidores de grau superior, omitindo-se em relação às mulheres.

Outrossim, somente no início do século XX, surgiu efetivamente um movimento organizado em favor do direito ao voto feminino. A partir daí, começou a ser trilhado o que vinha a ser um longo caminho em busca da cidadania plena. Em 1910, o Partido Feminino Republicano foi fundado pela professora Leonilda de Figueredo Daltro, que objetivava a emancipação da mulher tanto nas questões políticas quanto sociais.

---

689 Cf. FLAUBERT, Gustave. **Madame Bovary**. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: LP&M, 2016. Na obra, a personagem Emma Bovary representa a mulher que procurou viver os padrões impostos pela sociedade, casando-se com alguém que lhe sustentasse, procurando ter filhos e viver uma vida pacata. Mas guerreou consigo mesma por se sentir presa a valores que eram dos outros e não dela.



Em 1919, Bertha Maria Julia Lutz destacou-se na luta pelo sufrágio das mulheres e pelo direito ao trabalho, conquistando a primeira vaga feminina como funcionária pública na secretaria do Museu Nacional do Rio de Janeiro. Após essa primeira vitória, criou-se no mesmo ano a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher, que defendia o direito de voto feminino, transformando-se, posteriormente, na Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF).

O movimento das sufragistas ampliou força e confiança quando, em 1927, o Rio Grande do Norte, pioneiramente, reconheceu o direito de voto à mulher e elegeu, na cidade de Lages, em 1928, a primeira prefeita do Brasil, Alzira Teixeira Soriano.

Finalmente, em 1932, foi conquistado pelas mulheres brasileiras o direito de votar e de ser eleita por meio do decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu um novo código eleitoral. Após essa grande conquista, em 1933, Carlota Pereira de Queirós, de São Paulo, foi eleita deputada federal, sendo a única mulher dentre os 214 homens do pleito. Um pouco mais tarde, em 1934, o sufrágio da mulher foi elevado ao *status* Constitucional.

Contudo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937<sup>690</sup>, promulgada durante o Estado Novo, omitiu-se a respeito do sufrágio feminino e retrocedeu no que se refere a outras conquistas. Após o fim da ditadura de Getúlio Vargas e a publicação da Carta das Nações Unidas, a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1946<sup>691</sup>, restituiu o voto da mulher e outros direitos, mas somente em 1951 a participação feminina retorna na política com a eleição de Ivette Vargas para o cargo de deputada federal.

Durante o golpe de Estado, em 1964, que estabeleceu a ditadura militar, todos os brasileiros sofreram com a repressão, a censura e a violência, porém as mulheres foram desfavorecidas por sua condição histórica de marginalizadas políticas e sociais.

---

690 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 24 jul. 2017.

691 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 24 jul. 2017.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, instituiu, como cláusula pétrea, os direitos e garantias fundamentais e representou mais um avanço para as mulheres, incorporando a maioria das reivindicações da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, de 1987<sup>692</sup>.

Mesmo após a conquista da capacidade eleitoral plena, a atuação da mulher na política continuou pequena, não suprimindo a necessidade de representatividade, o que perdura até hoje, com alguns avanços, resultando na instituição das cotas de mulheres candidatas em partidos. Nesse sentido, afirma-se com propriedade: se há necessidade de cotas é porque está longe da efetividade da igualdade.

## 2 As questões filosófico-políticas acerca do empoderamento feminino

A grande batalha pela efetividade do empoderamento feminino vem sendo travada há muito tempo, pois variados são os registros dentro da Filosofia Política no tocante ao tema deste escrito.

O que se considera como a semente a ser lançada em fértil solo filosófico foram as premissas extremamente machistas elencadas por Platão<sup>693</sup> e Aristóteles<sup>694</sup>, para quem a mulher poderia ser considerada como fêmea, em

---

692 A Carta das Mulheres Brasileira aos Constituintes de 1987 foi um documento elaborado em agosto de 1986 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, vinculado ao Ministério da Justiça, contendo um programa de cidadania para as mulheres e os homens a ser votado pelo Congresso Constituinte, dispondo sobre princípios gerais e reivindicações específicas acerca dos seguintes temas: família; trabalho; saúde; educação e cultura; violência; questões nacionais e soberania. Considera-se que boa parte do programa (85%) foi acolhido no texto constitucional, em razão da capacidade de mobilização dos movimentos dedicados aos direitos das mulheres e à articulação com a bancada feminina da Constituinte, que apresentou em bloco suprapartidário cerca de 30 emendas. O documento na íntegra está disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 24 jul. 2017.

693 Cf. PLATÃO. **Protágoras**. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1999.

694 Cf. ARISTÓTELES. **Metafísica – livros I e II**. Tradução direta do grego por Vicenzo Coceo e notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

virtude da ausência de características fundamentais que só eram encontradas nos homens. Acrescenta-se que essa consideração foi proferida em 350 a.C., portanto, reflexo da Idade Antiga da Filosofia.

Enquanto Platão e Aristóteles buscavam filosofar para fugir da ignorância da Era Mitológica, eles não agiam em igual medida no que concerne aos seus ideais filosóficos e esse é um dos grandes problemas enfrentados pelo homem, em termos filosóficos, pois é preciso fugir da tentação do falar e gravitar a órbita do fazer.

Durante a Idade Média<sup>695</sup>, São Tomás de Aquino<sup>696</sup> tratou a questão da maldade como algo que é oposto a tudo aquilo que Deus faz; uma espécie de deficiência humana. É de sabença mezinha que uma das grandes disformidades instituídas pela humanidade foi a atitude pecadora de Eva diante do fruto proibido, tornando-se interessante a maneira como a questão é colocada para reflexão, pois a mulher, nesse caso, é a mazela intrínseca em Adão naquele momento, o que é deveras machista, haja vista que qualquer pessoa poderia desejar comer o fruto proibido, em razão do livre arbítrio.

O Renascimento nos séculos XVI e XVII promoveu transformações importantes na vida das pessoas, como a ruptura do modelo teocrático vivido na Idade Média da filosofia, que substituiu a visão moralista da filosofia política pela visão racional e realista.

O Estado Absolutista, vivenciado na teoria de Thomas Hobbes<sup>697</sup>, mesmo pregando a necessidade de um pacto social que garantisse a positividade das leis para que os homens não fossem reféns deles próprios, ainda assim não foi condição suficiente para promover a igualdade de gênero de maneira positivada e muito menos a liberalidade que John Locke<sup>698</sup> preceituava.

---

695 Duby (2013), historiador francês, trata a Idade Média como a idade dos homens, mas, curiosamente, reflete que também é a idade das mulheres, pois algumas delas conseguiram sair das sombras.

696 Cf. AQUINO, São Tomás de. **Suma Teleológica**. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005.

697 Cf. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Penguin Classics, 1985.

698 Cf. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

Isso não parou por aí, haja vista que Rousseau<sup>699</sup>, um dos maiores expoentes da Era Moderna Contratualista, afirmou que o sexo feminino, por ser movido pelas paixões, era desprovido de raciocínio. Nesse sentido, a mulher não poderia ousar em realizar atividades consideradas masculinas, para manter sua conduta submissa perante a sociedade. O interessante é que o mesmo Rousseau, que pactua com o cuidado em afirmar que o surgimento da propriedade garantiu o aumento da desigualdade entre os homens, não se preocupa em ampliar o preconceito contra as mulheres.

Note-se aqui que três eras foram superadas, a Antiguidade, a Idade Média e a Modernidade filosófica e ainda assim persiste o véu sobrepujante do preconceito contra a mulher. O interessante é que a filosofia, desde o período socrático, se comportou como uma ciência sensitiva por buscar gerar, produzir e apreender o conhecimento sempre com a preocupação de direcionamento deste, então, como permitir que um saber tão amplo seja engessado ao preconceito? Não há como tolerar!

Prossegue-se a aventura filosófico-política aportando na perspectiva de Hegel<sup>700</sup>, para quem o contexto histórico é o fundamento necessário para entender qualquer ponto de vista filosófico. Parece certo que esse posicionamento é o mais correto dentre os filósofos, pois o processo histórico de construção dos direitos da mulher, sejam eles políticos ou sociais, foi custeado por muita luta ao longo dos anos e isso não parou na atualidade, pois apesar de o processo de construção desses direitos ser dialético e estar sujeito a inúmeras mudanças, muito ainda precisa ser conquistado.

Reconhece-se que a sociedade ainda não está habituada a ver as mulheres acolitando questões políticas, desempenhando funções antes restritas ao cotidiano masculino, escolhendo ter filhos apenas após garantir a estabilidade profissional, dentre outras situações. O que falta, portanto, no seio social e político é tornar essas questões um hábito, pois somente os hábitos podem

---

699 Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

700 Cf. HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**: parte I. Tradução de Paulo Menezes. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992.

ser os verdadeiros guias da vida humana, funcionando como parâmetro de igualdade e desenvolvimento, conforme a perspectiva de Hume<sup>701</sup>.

Isso porque os hábitos de igualdade, ecoados por uma sociedade que preza pela equidade entre os gêneros, só serão resvalados mediante condutas kantianas respaldadas por um idealismo transcendental entre homens e mulheres, haja vista que essa corrente infere que a razão e a experiência devem caminhar juntas, ou seja, que a igualdade deve prevalecer tanto na teoria quanto na prática.

Acresce-se a essa linha de orientação uma premissa que advém dos ensinamentos de Nietzsche<sup>702</sup>, quando ressalta que a ideia limitadora sempre deve ser superada. Portanto, o que se entende aqui é que o machismo dilacera o desenvolvimento social e político da mulher e isso deve ser superado.

Nesse momento, é melhor acolher a sugestão de Husserl<sup>703</sup>, quando convida as pessoas a colocarem um parêntese em todas as suas suposições. Tal metáfora, de maneira análoga, pode ser aplicada ao problema enfrentado por este artigo, já que inúmeras são as suposições limitadoras derramadas sobre o universo feminino de sexo frágil.

Assim, a desculpa de que o homem age com as vestes do machismo em virtude de sua criação patriarcal brasileira é um argumento falho na concepção de Heidegger<sup>704</sup>, por acreditar que não é o homem que indica as coisas, são as coisas que o indicam.

Nesse sentido, há que se concordar que pais machistas podem, sim, ter filhos não machistas. Essa situação é claramente vivida pela teoria da banalidade do mal capitaneada por Hannah Arendt<sup>705</sup>, que trouxe para o contexto social a noção de que aceitar o mal menor é aceitar o mal em si. Isso pode ser refletido

---

701 Cf. HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

702 Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Disponível em: file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/Friedrich-Wilhelm-Nietzsche-Assim-falou-Zaratustra-Versao-1.0.pdf. Acesso em: 02 mai. 2017.

703 Cf. Husserl, E. **A Ideia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1986.

704 Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

705 Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

numa família onde a mulher aceita situações de machismo do marido para não se separar dele e manter uma estrutura familiar convencionalizada pela sociedade.

Dentro da contemporaneidade, encontramos, tardiamente, o pensamento de duas filósofas bastante voltadas para o movimento feminista: Simone de Beauvoir e Júlia Kristeva.

Beauvoir convida as mulheres a encontrarem o ponto de inserção da literatura de suas vidas. Sua obra atemporal remete a uma reflexão fascinante e interdisciplinar no sentido de que há desequilíbrios de poder entre o sexo e a oposição do outro que as mulheres ocupam no mundo. A Filósofa afirma que é somente na identidade que a rubrica masculina e feminina se apresenta de maneira simétrica. Em todas as outras situações, o homem é o polo positivo e a mulher o negativo, já que todas as limitações são imputadas à mulher, sem reciprocidade<sup>706</sup>.

Ao analisar a condição da mulher nas dimensões sexual, psicológica, social e política, Beauvoir contextualiza que tudo parece disposto a transformar a desigualdade entre homem e mulher em inferioridade, pois é preciso destronar o mito da feminilidade para gerar a independência diante de um passado pesado de se desvencilhar<sup>707</sup>. Essa preocupação com o passado feminino é demonstrada em diversas obras da autora, como *O segundo sexo*, *Memórias de uma moça bem-comportada* e *A força da idade*<sup>708</sup>.

Deve ser mencionado ainda que, para Beauvoir, o eu do pensamento filosófico é masculino por falta de opção e que o outro é a mulher passiva, sem voz e sem poder. Nesse sentido, homens e mulheres são diferentes e fenomenologicamente influenciados pelo gênero sexual. Portanto, cada pessoa tem o direito de escolher aquilo que quer se tornar e, mesmo que a sociedade imponha passividade às mulheres, a autenticidade é o melhor caminho para a igualdade e a liberdade.

---

706 BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a. p. 11.

707 BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b. p. 07.

708 Ver: BEAUVOIR, Simone de. **A força da idade**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010; BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a; BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b; BEAUVOIR, Simone de. **Memórias de uma moça bem comportada**. Tradução de Sérgio Milliet. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017 (Coleção Clássicos de Ouro).

Júlia Kristeva<sup>709</sup>, outra filósofa representante do movimento feminista, chama atenção para a necessidade de perceber que as estruturas estão associadas com o domínio do poder masculino, que é estabelecido pelos sistemas sociais. Nesse sentido, é importante ter em mente o aprimoramento dos direitos das mulheres na sociedade hodierna, conforme preleciona Adichie<sup>710</sup>:

A questão de gênero é importante em qualquer canto do mundo. É importante que comecemos a planejar e sonhar um mundo diferente. Um mundo mais justo. Um mundo de homens mais felizes e mulheres mais felizes, mais autênticos consigo mesmos. E é assim que devemos começar: precisamos criar nossas filhas de uma maneira diferente. Também precisamos criar nossos filhos de uma maneira diferente.

O papel da filosofia no empoderamento feminino é se comportar como um paradigma pensante e analítico de apreender o todo, e, por isso, deve auxiliar a superar as redomas do preconceito e alçar o voo da igualdade, já que o questionamento filosófico consiste na promoção do desenvolvimento da sociedade.

### 3 A simbiose do empoderamento feminino com o filme da Mulher-Maravilha<sup>711</sup>

De início, faz-se necessário abordar quesitos importantes no tocante à personagem da Mulher-Maravilha<sup>712</sup>, pois ela é, sem dúvida, a super-heroína mais famosa de todos os tempos, tendo sua primeira aparição na revista

---

709 BUCKINGHAM, Will; BURNHAM, Douglas; HILL, Clive; KING, Peter J.; MARENBOON, John; WEEKS, Marcus. **O livro da Filosofia**. Tradução de Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011. p. 323.

710 ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p.63.

711 Todas as informações de cunho biográfico acerca da Mulher-Maravilha foram compiladas mediante a leitura da obra LEPORE, Jill. **A história secreta da Mulher-Maravilha**. Tradução de Érico Assis. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.

712 Talvez a protagonista que mais se assemelhe à Mulher-Maravilha seja a Emma de Jane Austen (2016), por ser jovem, bonita, rica, pretensiosa, corajosa e que faz questão de deixar claro que nada pode nos limitar.

*All Star Comics* 8, em 1941, uma época de dominação masculina, pois as conquistas feministas ainda eram poucas e muito recentes.

Diana, a princesa das Amazonas, filha da rainha Hipólita, nasceu em Themyscira, uma ilha só de mulheres guerreiras, criada pelos deuses do Monte Olimpo para proteger a humanidade; isoladas dos homens, desde a Grécia Antiga. Ela possui habilidades super-humanas, como superforça e acessórios mágicos, como seu laço da verdade.

A personagem foi criada pelo psicólogo americano William Moulton Marston, que tinha muita admiração pelo movimento sufragista feminista e se inspirou nas suas duas esposas – ele era bígamo e defensor do poliamor – que participavam da Liga do Sufrágio Igualitário, que batalhava por questões como igualdade, direito ao voto e controle da natalidade.

A inspiração do autor também veio de diversas outras mulheres que passaram pela sua vida, como uma jovem estudante que em 1911 foi impedida de falar em público no *campus* da Universidade de Harvard, que só aceitava homens, onde Marston estudou.

Diana Prince também teve influências da poetisa grega Safo, nascida na ilha de Lesbos, um dos mais antigos ícones do feminismo, que escrevia sob o ponto de vista de uma mulher independente.

William Marston defendia a ideia do papel de guerreira que as mulheres deveriam ter em busca de seus direitos. Portanto, a fim de comunicar isso para as mais jovens, ele criou Diana, a Mulher-Maravilha.

A Mulher-Maravilha não é apenas uma super-heroína. Ela nasce com as campanhas pelo voto feminino nos anos 1910. Portanto, o feminismo deu origem à Mulher-Maravilha. E, depois, a Mulher-Maravilha deu sua contribuição para o feminismo. Ela era ícone de libertação como figura de mulher empoderada e autônoma a ser seguida pelas jovens.

Um dos documentos levantados por Jill Lepore<sup>713</sup>, em seu livro *A história secreta da Mulher-Maravilha*, mostra o comunicado feito à imprensa no lançamento do quadrinho, em 1941:

---

713 LEPORE, Jill. *A história secreta da Mulher-Maravilha*. Tradução de Érico Assis. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017. p. 21.



A Mulher Maravilha foi concebida pelo Dr. Marston para estabelecer entre as crianças e os jovens um padrão de feminilidade forte, livre e corajosa; para combater a ideia de que as mulheres são inferiores aos homens, e para inspirar as meninas a terem autoconfiança para conquistas no atletismo, nas ocupações e nas profissões monopolizadas por homens, porque a única esperança para a civilização é a maior liberdade, desenvolvimento e igualdade das mulheres em todos os campos da atividade humana.

A adaptação dos quadrinhos da heroína da *DC Comics* para o cinema estreou dia 1º de junho de 2017, tendo como diretora Patty Jenkins, a primeira mulher a dirigir um filme de super-heróis com uma protagonista feminina. O filme conta a história da Princesa Diana, que conhece o piloto americano Steve Trevor quando ele cai no mar da ilha e é resgatado por ela. Ele então fala sobre a Primeira Guerra Mundial e ela deixa a ilha a fim de pôr um fim no conflito<sup>714</sup>.

Ao longo de sua vida, a princesa Diana conviveu com as guerreiras amazonas e sempre almejou se tornar uma. Para começar a treinar, Hipólita, a rainha, ordena que Diana seja preparada para ser dez vezes mais poderosa e forte do que a melhor guerreira da ilha. A expressão “Você é mais forte do que isso”<sup>715</sup>, mencionada pela treinadora de Diana, Antíope, representa a realidade feminina no século XXI, pois a mulher precisa ser cada dia mais forte para suportar as atribulações, os preconceitos, a tripla jornada de trabalho (profissional, pessoal e maternal) e para continuar lutando pelos seus direitos e sua liberdade.

Diana acredita que ela é a única que pode acabar com os conflitos ao matar Ares, o deus da guerra. Entretanto, Steve tenta desencorajá-la, pois, em sua concepção, nenhum civil, muito menos uma mulher, poderia, de alguma forma, cessar o conflito.

---

714 As informações mais específicas acerca da Mulher-Maravilha, que tratam de falas e passagens interessantes ficam a cargo da pesquisa realizada com a observação do filme MULHER-MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

715 Cf. MULHER-MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

Pode-se observar que Diana se mostra empoderada, corajosa, forte e autoconfiante, características extremamente necessárias para que as jovens feministas ousem atuar em atividades e áreas vistas pela sociedade como masculinas, como os cargos políticos, conforme se observa nessa passagem do filme<sup>716</sup>:

Mulher-Maravilha: Quando eu o matar (Ares), a guerra acabará.

Capitão Steve: Olha, eu agradeço sua vontade, mas essa guerra é uma grande confusão. Nem eu nem você podemos fazer muito sobre isso. Podemos voltar até Londres e procurar pelos homens que podem (generais e políticos).

Mulher-Maravilha: Eu sou o “homem” que pode.

Numa conversa com a secretária Etta Candy, Diana questiona como é possível as mulheres lutarem usando as roupas populares da época. A resposta de Etta, “Lutar? Usamos nossos princípios. É como conseguiremos o direito ao voto”<sup>717</sup>, remete ainda à ideia tradicional da feminilidade, fragilidade, falta de fibra e falta de intensidade da mulher. Entretanto, quando a luta das sufragistas inglesas se intensificou, por exemplo, tiveram que iniciar uma atuação mais agressiva e direta, utilizando métodos como o uso de bombas incendiárias, invasões parlamentares e protestos mais violentos, além das táticas mais convencionais.

O estranhamento e a hostilidade masculina com que foi recebida Diana no salão onde os políticos conversavam sobre o armistício é retrato tanto dos séculos XX, quando se passa o filme, e ainda do século XXI, pois a mulher era inimaginável no meio da política e, hoje, embora tenha conquistado um pouco mais de espaço na arena de decisões do país, notícias como a eleição de uma presidente mulher ou até mesmo em outros cargos, ainda são recebidas pela sociedade com aversão e repulsa.

A Mulher-Maravilha pôde experimentar como era ser uma inglesa durante o século XX, sem voz, desacreditada e desencorajada pelos homens. Quando não a proibiram de falar, fizeram piada da sua opinião política sobre a guerra

---

716 Idem. MULHER-MARAVILHA, 2017.

717 Cf. MULHER-MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

e descreditaram de suas habilidades com outros idiomas, visto que naquela época o acesso feminino à educação ainda era limitado.

A frase do Capitão Steve: “Quando vemos algo errado no mundo podemos escolher entre não fazer nada e fazer alguma coisa”<sup>718</sup>, pode ser direcionada para a apatia dos homens com a luta feminista. Cada um deve lutar como pode, lado a lado homens e mulheres, contra as injustiças e desigualdades relacionadas aos gêneros. Homens podem e devem sim ser feministas!

## **Considerações finais**

O sufrágio feminino foi conquistado por meio de lutas longas e complicadas, travadas por mulheres corajosas, empoderadas e ousadas que lideraram as primeiras conquistas feministas e mostraram que lugar de mulher pode ser na cozinha, nos trabalhos de colarinho e também nos centros de decisões do país, votando ou sendo votada.

É lamentável reconhecer que ainda em dias hodiernos existem países que não reconhecem as mulheres como cidadãs com direito à participação política. E mesmo nos países em que o sufrágio feminino é reconhecido, não significa que exista igualdade política e capacidade eleitoral plena, pois os preconceitos e estereótipos enraizados nas sociedades tornam mais difícil que as mulheres sejam respeitadas na esfera pública. A legislação reflete a possibilidade de mudança da sociedade, mas não possui a capacidade efetiva de modificar o pensamento do povo.

Por fim, é inegável o avanço feminista nas questões políticas, porém ainda está distante do ideal necessário para promover uma real igualdade entre gêneros, pois até que as mínimas conquistas sejam usadas como inspiração para as lutas em busca dos direitos femininos ameaçados pelas condições ideológicas desprivilegiadas advindas do machismo histórico, a população deve pactuar que o lugar da mulher é onde os seus anseios a levarem e não onde a sociedade lhe impõe.

---

718 Idem. MULHER-MARAVILHA, 2017.

## Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teleológica**. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARISTÓTELES. **Metafísica – livros I e II**. Tradução direta do grego por Vicenzo Coceo e notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

AUSTEN, Jane. **Orgulho e Preconceito**. Tradução de Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

AUSTEN, Jane. **Emma**. Tradução de Rodrigo Breuning. Porto Alegre: L&PM, 2016.

AZEVEDO, Débora Bithiah de; RABAT, Márcio Nuno. **Palavra de Mulher: oito décadas do direito de voto**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BEAUVOIR, Simone de. **A força da idade**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a. v. 1.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b. v. 2.

BEAUVOIR, Simone de. **Memórias de uma moça bem comportada**. Tradução de Sérgio Milliet. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017 (Coleção Clássicos de Ouro).

BRASIL. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Carta das mulheres brasileiras aos constituintes de 1987**. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf). Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

BUCKINGHAM, Will; BURNHAM, Douglas; HILL, Clive; KING, Peter J.; MARENBOON, John; WEEKS, Marcus. **O livro da Filosofia**. Tradução de Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LOPES, Karin Becker; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 - Marginalizados históricos?. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 305-328. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

DUBY, Georges. **Damas do século XII: Heloísa, Isolda e outras damas no século XII, A lembrança das ancestrais, Eva e os padres**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

FLAUBERT, Gustave. **Madame Bovary**. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: LP&M, 2016.

LEPORE, Jill. **A história secreta da Mulher-Maravilha**. Tradução de Érico Assis. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Penguin Classics, 1985.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**: parte I. Tradução de Paulo Menezes. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

HUSSERL, E. **A Ideia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1986.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Meneje. Disponível em: [br.egroups.com/group/acropolis/](http://br.egroups.com/group/acropolis/). Acesso em: 20 abr. 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

MULHER MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Disponível em: <file:///C:/Users/J%3%BAlia/Downloads/Friedrich-Wilhelm-Nietzsche-Assim-falou-Zaratustra-Versao-1.0.pdf>. Acesso em: 02 maio. 2017.

PATI, Camila. **Salário da Mulher-Maravilha é 2% do valor pago ao Super-Homem**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/carreira/salario-da-mulher-maravilha-e-2-do-valor-pago-ao-super-homem/>. Acesso em: 24 jul. 2017.

PINKSY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Mulheres. Igualdade e especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINKSY, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2015. p. 265-310.

PLATÃO. **Protágoras**. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Relógio D'Água, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

# **Refugiados ambientais: uma análise crítica do conceito “refugiado”**

Environmental refugees: a critical analysis of the “refugee” concept

## **Ana Carolina Santos Leal da Rocha**

Doutoranda em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

E-mail: [anacarolinar35@gmail.com](mailto:anacarolinar35@gmail.com)

## **Leonardo Nemer Caldeira Brant**

Doutor em Direito Internacional pela Université Paris X. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é analisar a diferenciação do refugiado de guerra civil, raça, sexo ou opção religiosa para o refugiado ambiental. Pesquisou-se a etimologia da palavra, bem como as características da ocorrência de tais acontecimentos na história. Para o desenvolvimento do trabalho utilizou-se da metodologia dedutiva com técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que o sistema relativo à proteção dos refugiados é bem estruturado, mas possui obstáculos a serem vencidos, porém os refugiados ambientais ainda necessitam de amparo, uma vez que não possuem o status de refugiado. A preocupação com o referido grupo tem aumentado em virtude dos desastres naturais ocorridos em todo o globo.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Migrantes. Refugiados. Refugiados Ambientais. Refúgio.

**Abstract:** The objective of this article is to analyze the differentiation of the civil war refugee, race, sex or religious option for the environmental refugee. The ethnology of the word was investigated, as well as the characteristics of the occurrence of such events in history. For the development of the work, the deductive methodology was used using a bibliographical research technique. It was concluded that the refugee protection system is well structured but has obstacles to be overcome, but environmental refugees still need protection because they do not have refugee status. Concern about this group has increased as a result of natural disasters across the globe.

**Keywords:** International Law. Migrants. Refugees. Environmental Refugees. Refuge

## **Introdução**

Com o final da II Guerra Mundial, várias nações encontravam-se devastadas após os combates e o clima de segurança e incerteza pairava sobre a Europa. Sentia-se a necessidade da criação de uma organização responsável pela promoção da paz à comunidade internacional.

A nomenclatura Nações Unidas fora contemplada pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt, em 1º de janeiro de 1942, quando algumas nações assumiram o compromisso de continuarem lutando contra as potências do eixo.



A Carta das Nações Unidas, celebrada de 25 de abril a 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, reuniu cerca de 50 países participantes da Conferência sobre Organização Internacional.

Todavia, as Nações Unidas começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, por meio da ratificação de países como China, Reino Unido, Estados Unidos, França e a ex-União Soviética.

Em dezembro/1946, John D. Rockefeller Jr. Ofereceu terrenos na cidade de Nova Iorque para que a cidade fosse sede das Organizações das Nações Unidas. Atualmente, a ONU possui sede em cidades do mundo como Genebra (Suíça), Beirute (Líbano), Nairóbi (Quênia), Bangcoc (Tailândia) e Santiago (Chile), além de escritórios espalhados por todos os continentes.

Os propósitos da Organização das Nações Unidas estão elucidados no preâmbulo e no art. 1º da Carta constitutiva. Vejamos o preâmbulo:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações

Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas<sup>719</sup>.

Para a realização dos princípios empregados e concretização dos propósitos das Nações Unidas no artigo 1º da Carta da ONU, é necessário que os Estados procedam com base na igualdade soberana de seus membros; boa-fé durante a resolução das obrigações; solução pacífica de controvérsias; abstenção do uso da força e não intervenção em assuntos internos dos Estados.

Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns<sup>720</sup>.

Quando elaborada a Carta da ONU em 1945, debateu-se sobre a melhoria das condições de vida a qual objetivava a redução das desigualdades econômicas e sociais. O artigo 55 da referida Carta determinou que:

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a. níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;

---

719 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945.

b. a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c. o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião<sup>721</sup>.

Visando a necessidade da criação de um órgão internacional que protegesse os refugiados após o final da II Grande Guerra, criou-se a Organização Internacional para os Refugiados, conforme o tópico a seguir.

## 2 Organização internacional para os refugiados

A criação da Organização Internacional para os Refugiados (OIR) surgiu através da controvérsia sobre o que deveria ser feito do “milhão restante”, também conhecido como *last million*. A composição desse “milhão” era de: 275.000 poloneses, 200.000 judeus, 200.000 espanhóis, 190.000 lituanos, latislavos e estonianos, 150.000 iugoslavos – tanto servos quanto croatas – e 100.000 ucranianos. Por meio de duras discussões acerca de seu estabelecimento, as ideologias em torno da relação Estado e Indivíduo confrontavam-se de maneira árdua e viva entre os países.

No âmbito da ONU, as discussões envolvendo os refugiados e os deslocados foram levadas à Assembleia Geral em 1946. O aludido comitê recomendou a criação de um Comitê Espacial para ser analisado em sessões do Conselho Econômico e Social (Ecosoc) e também na Assembleia Geral, a fim de reconhecer a urgência para solucionar a temática sobre os refugiados e deslocados, além da necessidade de diferenciá-los de criminosos de guerra, espões e terroristas.

Este comitê, conhecido como Organização Internacional para os Refugiados, teve como estrutura os seguintes órgãos internos: Conselho Geral, responsável pela determinação da *policy-making*, a ser adotada, a cada estado-membro deveria enviar um representante para suas reuniões; Comitê Executivo, incumbido da concretização das políticas estabelecidas pelo Conselho Geral, composto pelos representantes

---

721 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Carta das Nações Unidas*. São Francisco, 1945. p. 3.

de nove Estados-membros; e Setor Administrativo, ao qual competia cuidar das funções administrativas e executivas<sup>722</sup>.

O resultado final das sessões foi visto de maneira significativa, no que tange pelos votos contra e abstenções. As abstenções foram interpretadas como falta de interesse para se resolver a questão dos refugiados e os votos contra que partiram do Bloco Socialista, soaram como uma afronta à Constituição da OIR e o desejo de manter os refugiados fora dos debates da Agenda Internacional.

Apesar de não ter concluído suas tarefas, a OIR é considerada como a primeira entidade especializada da ONU a ser extinta, na data de 31 de janeiro de 1952. Suas competências foram transferidas para os Estados em que se encontravam refugiados ou outras organizações.

Insta salientar que nos territórios em que os refugiados se encontravam, não se dispunham a se responsabilizar pelos mesmos em razão de seu posicionamento geográfico, o que deixava a comunidade internacional em prejuízo.

A transferência de responsabilidade da OIR para os Estados em que se encontravam os refugiados acompanhou o conceito lógico da sociedade internacional e o refugiado, em razão da responsabilidade que se transformou em ação para resolver a adversidade que envolve os refugiados.

No que se refere a organismos internacionais, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) assumiu, em dimensões globais, as atividades da OIR.

## **2.1 O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)**

Dentre os vários comitês existentes na ONU – Organização das Nações Unidas –, o responsável por garantir a aplicação das convenções internacionais

---

722 SOARES, Mário Lúcio Quintão. A saga dos refugiados sob a égide do Direito Internacional em tempo de globalização. *Revista Duc In Altum*. Cadernos de Direito. v. 7, nº 13, set – dez. 201. p. 158. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/issue/view/11>. Acesso em: 30 set. 2019.

em prol dos refugiados é o ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.

O comitê, criado em 14 de dezembro de 1950 pela Assembleia Geral da ONU, para proteger e assistir vítimas de guerra, desastres naturais, violência e intolerância. Conforme disposto no Capítulo 1, item 1, do Estatuto do ACNUR.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, atuando sob a autoridade da Assembléia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais. No exercício de suas funções, especialmente se surgir alguma dificuldade - por exemplo, qualquer controvérsia relativa ao status internacional dessas pessoas - o Alto Comissariado solicitará a opinião de um Comitê consultivo em assuntos de refugiados, se tal Comitê for criado<sup>723</sup>.

Em 1º de Janeiro de 1950, deu-se início ao funcionamento do escritório do ACNUR. O presente comitê possui sede em Genebra, Suíça, e começou a funcionar como órgão subsidiário da ONU, com ligação ao comitê da Assembleia Geral, ECOSOC e ao Secretário Geral.

Com o termo Comissariado entende-se que o ACNUR é um órgão subsidiário das Nações Unidas que incluem diversos outros programas, quais sejam: Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), entre outros.

Com o advento do ACNUR, questões pertencentes a refugiados e seus países de origem não são solucionadas pelos envolvidos no conflito e sim por meio do Comitê que analisa aspectos sociais, políticos e humanitários.

---

723 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. ACNUR. Nova Iorque, 1950.

Atualmente, o ACNUR estendeu seu trabalho: encarrega-se também dos apátridas e deslocados internos.

Tendo em vista a crise dos refugiados, o ACNUR trabalha com um mandato de cinco anos, não mais três, conforme era previsto em Estatuto. A cada vencimento de mandato, renova-se o mesmo no intuito de solucionar a questão envolvendo os refugiados.

Como não possui verba própria, o ACNUR se sustenta por intermédio das doações de países, instituições privadas, empresas e até particulares. Verifica-se a importância do Comitê para a manutenção de seus trabalhos em todo mundo. O ACNUR já ajudou aproximadamente 50 milhões de pessoas por meio de voluntários que se fazem presente em campos, ações de assistência e auxílio aos refugiados.

Soares aduz que o ACNUR e os Estados europeus:

em sua maioria, traumatizados com o legado da Segunda Guerra, preconizavam um órgão forte e independente capaz de angariar fundos, para atender suas demandas. Os Estados Unidos propuseram um organismo temporário, com pouco financiamento e sem contribuições. A URSS procurou boicotar as negociações, diante da ausência de interesse em colocar o tema dos refugiados na pauta da agência internacional<sup>724</sup>.

Mesmo com pressões de diversos lados, o ACNUR adquiriu o mandato para proteção dos refugiados, a busca de soluções para os problemas advindos destes, como a repatriação involuntária, integração e reassentamento em um terceiro país.

---

724 SOARES, Mário Lúcio Quintão. A saga dos refugiados sob a égide do Direito Internacional em tempo de globalização. **Revista Duc In Altum**. Cadernos de Direito. v. 7, nº 13, set – dez. 201. p. 161. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/issue/view/11>. Acesso em: 30 set. 2019.

### **3 Refugiados ambientais**

A conceituação de refugiados ambientais possui ampla dificuldade acerca do ponto de vista jurídico, uma vez que tal conceito não se pode confundir com apátrida, migrante econômico ou deslocado interno. Contrariamente, o termo “refugiado ambiental” cria uma nova e específica categoria para uma classe de pessoas as quais se encontram desprotegidas em virtude de questões unicamente ambientais.

Refugiados e migrantes frequentemente se movem um ao lado do outro, usando as mesmas rotas e os mesmos meios de transporte e utilizando-se dos mesmos serviços contrabandistas humanos, tentando alcançar os mesmos países de destinação. Tais fluxos ficaram conhecidos como movimentos migratórios mistos.

No que tange ao fluxo migratório, além do fator econômico, são levadas em consideração as situações de violação de direitos humanos e/ou episódios de violência generalizada, ambos com status de reconhecimento nos sistemas regionais africano e americano de proteção aos direitos humanos.

É da mesma fonte que nasce o ‘rio’ de migrantes econômicos e o ‘rio’ dos refugiados. É aqui [...] que a questão do refúgio e da migração econômica convergem mais. Os rios são diferentes, mas nascem da mesma fonte. E é por isso que verdadeiras ‘soluções duradouras’ só podem ser encontradas na eliminação ou, pelo menos, na forte redução das causas profundas que originam os fenômenos.

Para se falar em refugiados ambientais, os doutrinadores dizem que a nomenclatura é imprópria, uma vez que essas pessoas não são propriamente refugiadas, pois não fazem jus a definição clássica trazida pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Insta salientar a ausência do requisito essencial da perseguição ou temor de perseguição, conforme determina a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

#### **3.1 Definições acerca do conceito refugiado ambiental**

A definição doutrinária acerca do conceito “refugiado ambiental” vem sofrendo modificações desde 1970, ano em que se tem conhecimento da primeira

definição, por Lester Brown, através do *World Watch Institute*. Entretanto, a partir de 1985, teve-se conhecimento de um trabalho científico elaborado pelo professor Essam El-Hinnawi, pelo *Egyptian National Research Center*. Em 1988, Jodi Jacobson, por meio de seu trabalho conhecido como *Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability*, também dissertou sobre o tema.

Para ambos, o conceito de “refugiado ambiental” como a pessoa ou grupo de pessoas que, em virtude de mudanças e catástrofes ambientais – naturais ou provocadas pelo homem, permanentes ou temporárias –, tiveram que, forçadamente, abandonar seu local de origem ou residência habitual para encontrar refúgio e abrigo em outra região do globo<sup>725</sup>.

Por meio dessa definição e, dado o alcance da amplitude do termo, ambos os autores caracterizaram “refugiado ambiental” como: I – deslocados temporários, uma vez que através da degradação temporária do meio ambiente consegue-se reverter tal situação, havendo, desse modo, a possibilidade de retorno desses refugiados ao seu local de origem; II – deslocados permanentes, em consequência de mudanças climáticas duradouras; e finalmente III – deslocados temporários ou permanentes, classificados conforme a progressão dos danos em recursos naturais no local de origem ou atual moradia dos “refugiados ambientais”.

Em 2008, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) elaborou sua própria definição para “refugiados ambientais”, ou seja:

são pessoas que [...] foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente viviam, devido ao visível declínio do ambiente, perturbando a sua existência e ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entrasse em perigo<sup>726</sup>.

Willian B. Wood, geógrafo do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, em seu artigo *Ecomigration: Linkages between Environmental Changes and Migration*, trata os “refugiados ambientais” por meio da expressão “ecomigrantes” (*ecomigrants* – na língua inglesa), pois o conceito é

---

726 Programa Das Nações Unidas Para O Meio Ambiente (PNUMA). *Environmental Refugees*. 2008.



aplicado para incluir qualquer pessoa cujo motivo originário da migração seja influenciado por fatores de ordem ambiental.

O autor argumenta que o uso de tal nomenclatura deve-se à observação de dois fatos: I – a impossibilidade de uso da expressão “refugiados ambientais”, uma vez que o Direito Internacional dos Refugiados não ampara o reconhecimento do direito de refúgio nem concede o *status* de refugiados àqueles que são obrigados a se deslocar em virtude de dilemas ambientais; II – a segunda questão pertinente envolve o prefixo “eco”, presente na expressão ecomigrantes, o qual se refere a questões ecológicas, motivadoras do deslocamento forçado e ao quesito econômico empregado às migrações.

Para Jubilut, os refugiados ambientais encontram-se quase sempre em uma situação similar à dos migrantes forçados por questões econômicas.

Argumenta-se que a migração, muito frequentemente, possui ambos os elementos, sendo clara a separação entre os dois impossível. Esta ideia é importante para destacar o fato de que ‘fatores ambientais influenciam as migrações e os migrantes, por sua vez, alteram o meio ambiente’ e isso sempre fez parte da condição humana<sup>727</sup>.

Em continuidade à presente análise proposta por Wood, à proteção fornecida aos indivíduos que possuem o *status* migrante poderia incluir, também, os migrantes econômicos, deslocados internos e/ ou ambientais e os refugiados ambientais, ou seja, o grupo de indivíduos que se encontra afetado por catástrofes naturais. Insta salientar a importância de um mecanismo exclusivo para que se implementasse e discutisse acerca da situação peculiar desse grupo de indivíduos.

---

727 JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 224.

### 3.2 Limitação acerca do uso da expressão “Refugiado ambiental”

Conforme estudado anteriormente, a principal razão do não enquadramento dos refugiados ambientais na categoria de refugiado se dá em relação à definição disposta no art. 1º, parágrafo 1º, alínea c, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

A ausência do elemento fático perseguição na definição de “refugiados ambientais” sugere tal impossibilidade a aplicação do conceito a esse grupo de pessoas pelo Direito Internacional dos Refugiados. Existe a necessidade, conforme dispõe a Convenção/1951 do *status* de refugiado a uma pessoa ou um grupo que se desloca para locais diversos ao estabelecido de origem em virtude de fatores ambientais. O Direito Internacional dos Refugiados trabalha com o conceito de que é necessário haver uma perseguição a essa pessoa ou grupo, uma vez que é necessária a comprovação da perseguição ou o fundado temor de perseguição.

O propulsor de referida ação tem que ser pessoa notada de capacidade jurídica, até mesmo, em casos extremos, que seja responsabilizado por atos realizados durante a estadia em território estrangeiro. Definições ampliadas acerca dos refugiados também requerem a perseguição ou o fundado temor de perseguição como principais quesitos para a concessão do *status*.

Como segundo quesito apontado pela Convenção/1951, a hipótese para perseguição é considerada como *numerus clausus*, ou seja, dispõe sobre razões clássicas.

Para Almeida<sup>728</sup>, o debate acerca de tal questionamento, a definição de 1951 [...], está focada nos acontecimentos pós-45, é uma definição *numerus clausus*. Nas suas cinco razões de perseguição há espaço possível para interpretação, fora isto, não.

Portanto, motivos diferentes que não sejam raça, nacionalidade, opinião, política, religião ou ligação a um determinado grupo social, não possuem

---

728 ALMEIDA, Guilherme de Assis. A Lei 9.474/67 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme de Assis (coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155-167.

amparo legal pela Convenção/ 1951 e, por conseguinte, não permite a concessão do *status* de refugiado aos referidos indivíduos.

Em consequência de tais razões, fatores ambientais e climáticos não possuem caráter de perseguição e, mediante tal ausência, caracteriza-se a limitação de amparar os “refugiados ambientais” com o respaldo advindo do instituto jurídico de refúgio.

Ante ao exposto, verifica-se a necessidade de haver o nexo causal entre algum evento da natureza e a solicitação do refúgio, uma vez que a ausência deste último elemento implica na impossibilidade de autorização do *status* de refugiados e suas prerrogativas inerentes, presentes na Convenção/ 1951. Enfatiza-se que a problemática que envolve os “refugiados ambientais” envolve, muitas vezes, previsões acerca de desastres ambientais as quais não são pacificadas entre os cientistas. Porém, a questão de tentar prever quantas pessoas podem vir, forçadamente, de ter que deixar seus lares em virtude de erosões costeiras, inundações das regiões litorâneas e problemas agrícolas em decorrência de mudanças climáticas está longe de ser algo simples de ser explicado. Em particular, apesar de Myers identificar um número variado de partes do mundo incluindo Bangladesh, Egito, China, Vietnã, Tailândia, Mianmar, Paquistão, Iraque, Moçambique, Nigéria, Gâmbia, Senegal, Colômbia, Venezuela, Guiana, Brasil e Argentina como países ameaçados ‘ainda que em um grau moderado pelo aumento do nível do mar’<sup>729</sup>, e ser capaz de apontar o panorama dos mortos em decorrência disso nestas regiões, ele não é capaz de identificar nenhuma população específica que tenha sido obrigada a se realocar de áreas alagadas, em um passado recente, como resultado de um aumento do mar que já tenha ocorrido<sup>730</sup>.

Pode-se verificar o crescente número de refugiados ambientais por meio do desequilíbrio ambiental. Tais modificações são tidas como mola propulsora para a migração de pessoas e as quais carecem de uma tutela específica para aquisição de uma nova moradia e qualidade de vida.

---

729 MYERS, Norman. **How many migrants for Europe?** People and the Planet, 1993. p. 194-195

730 BLACK, Richard. **Environmental Refugees: myth or reality?** Working Paper n° 34, March, 2001.p. 8.

Por meio da Declaração de Estocolmo, é que se deu início ao processo de consideração do meio ambiente como quesito de proteção ambiental. Atualmente, tal direito é conhecido como patrimônio da humanidade e deve ser protegido por meio de tutelas singulares, advindas de normas de extensão internacional, como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, do ano de 1992, que dispõe sobre a utilização do meio ambiente.

## **Considerações finais**

O início do processo histórico da formação do conceito dos refugiados deu-se após a reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas, onde se redigiu uma convenção capaz de regular tal status. Tal convenção ficou conhecida como Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada em 1951. A temática envolvendo os refugiados que necessitam de proteção, do ponto de vista da imigração, remonta ao final da 2ª Guerra Mundial.

Ao diagnosticar o processo normativo dos refugiados, conclui-se que o sistema relativo à proteção dos refugiados é bem estruturado, porém possui obstáculos a serem vencidos. São eles os refugiados ambientais e os deslocados internos, os quais não possuem *status* de refugiados. A preocupação com essas pessoas tem aumentado em virtude dos desastres naturais que tem ocorrido em todo o globo.

Algumas estratégias necessitam de ser criadas para vencer as barreiras existentes, como a inclusão dos refugiados ambientais e deslocados internos no plano de refugiados.

## **Referências**

ALMEIDA, Guilherme de Assis. A Lei 9.474/67 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *In*: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme de Assis (coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155-167.

BLACK, Richard. **Environmental Refugees**: myth or reality? Working Paper nº 34, March, 2001. Disponível em: <http://www.unhcr.org/>. Acesso em: 01.jul.2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MYERS, Norman. **How many migrants for Europe?** People and the Planet, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. [S. l.]: Nações, 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 02 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. [S.l.]: Nações, 1951. Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1). Acesso em: 02 jul. 2017.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “Refugiado Ambiental”**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). **Environmental Refugees**. 2008. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/>. Acesso em: 04 jul. 2017.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. A saga dos refugiados sob a égide do Direito Internacional em tempo de globalização. **Revista Duc In Altum**. Cadernos de Direito. v. 7, nº 13, set – dez. 2015. p. 155-177. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/issue/view/11>. Acesso em: 30 set. 2019.



# **Um estudo acerca das controvérsias e medidas de combate ao *dumping* *social* no contexto internacional**

A study of controversies and measures to combat Social  
dumping in the international context

## **Mateus Rodrigues Lins**

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Escritor. E-mail: mateusrlins@gmail.com

## **Lethicia Pinheiro Machado**

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

## **Vanessa Batista Oliveira**

Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada. Email: vanessa.oliveira.lima@gmail.com

**Resumo:** A presente pesquisa detém o foco sobre a perspectiva jurídica atrelada ao *dumping* social, analisando seu conceito na perspectiva internacional, bem como as controvérsias acerca da matéria e as formas de combate ao mesmo. Foi realizado um estudo quanto às discussões existentes entre países desenvolvidos e em desenvolvimento a respeito do tema, assim como os critérios a serem utilizados para identificar a prática. Objetivou-se investigar as medidas *antidumping*, estudando suas principais modalidades e respectivos métodos, tencionando encontrar a solução mais adequada à problemática causada pela prática do *dumping social*, almejando a efetivação dos Direitos Humanos dos trabalhadores pelo mundo e evitando a prática da concorrência desleal no comércio internacional.

**Palavras-chave:** Dumping Social. Direitos Humanos. Concorrência desleal. Medidas Antidumping.

**Abstract:** The present research focuses on the legal perspective linked to social dumping, analyzing its concept from an international perspective, as well as the controversies about the matter and the ways of combating it. A study was carried out on the discussions between developed and developing countries regarding the subject, as well as the criteria to be used to identify the practice. The objective was to investigate *antidumping* measures, studying their main modalities and methods, intending to find the most appropriate solution to the problem caused by the practice of social dumping, aiming at the realization of the Human Rights of workers around the world and avoiding the practice of unfair competition in international commerce.

**Keywords:** Social Dumping. Human Rights. Unfair Competition. Antidumping Measures.

## Introdução

O *dumping* consiste no emprego de práticas ilegítimas que reduzem o custo de produtos destinados à exportação, levando-os a patamares abaixo da média do mercado interno dos países importadores. Empresas que fazem uso desse instrumento conseguem obter altos lucros de maneira rápida e prejudicial à livre concorrência. Nesse sentido, o artigo VI do GATT (*General*



*Agreement on Tariffs and Trade*)<sup>731</sup>, acordo internacional que regula as relações comerciais internacionais, veda a prática de tal ato.

Nesse sentido, o GATT aponta ainda que o fenômeno deve ser combatido se causar dano ou ameaça de dano a empresas estrangeiras, retardamento do estabelecimento de uma empresa nacional ou inibir o desenvolvimento da indústria doméstica.

Os impactos a cada país são imensuráveis, mas sempre prejudiciais ao desenvolvimento humano. A afirmação se torna evidente com a análise da modalidade de *dumping* que tem como objeto os direitos trabalhistas.

Em decorrência do fenômeno da globalização, multinacionais passaram a se instalar nas localidades do planeta onde a mão de obra é mais barata, com a finalidade de diminuir o custo de determinado produto ou serviço e ofertá-lo por valor inferior ao que seria razoável, objetivando a concorrência desleal e gerando danos sociais. Essa modalidade é denominada de *dumping* social.

Nesses casos, o baixo custo da mão de obra decorre da ordem jurídica interna do país que recebe a empresa, a qual não salvaguarda padrões laborais mínimos suficientes para efetivação dos direitos humanos básicos de seus trabalhadores.

Diante do exposto, temos a problemática de que multinacionais vêm optando por realizar investimentos em países cujas legislações trabalhistas trazem menos proteção aos trabalhadores, em detrimento daqueles que garantem mais direitos sociais, em busca de mão de obra barata, situação que desencadeia o chamado “mercado das legislações” e permite a prática do *dumping* social.

Sobre o assunto, cabe ainda a reflexão de que determinados empreendimentos que realizam *dumping* social não almejarão apenas um custo de produção mais baixo para vender seu produto ou serviço a valores acessíveis em determinado nicho mercadológico. Essas multinacionais podem buscar também outras vantagens econômicas, pois a partir de um custo de produção mais baixo, torna-se possível investir em tecnologias diferenciadas ou até mesmo em publicidade inovadora. Assim, conquista-se cada vez mais

---

731 GATT.General Agreement of Tariffs and Trade. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf). Acesso em: 20 jun. 2017.

adeptos à marca, tornando-a conhecida pelo seu diferencial, induzindo o consumo de um grande grupo de pessoas que sequer suspeitam dessa prática.

Visando a manutenção ideal da livre concorrência e a efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores do mundo, foram criados diversos mecanismos aptos ao combate do *dumping* social, dentre os quais merecem destaque: a cláusula social, o pacto social e o selo social. Assim, levanta-se a hipótese de que tais mecanismos devem ser usados como remédio a tal fenômeno.

Desse modo, a presente produção objetiva uma maior observância do *dumping* social no contexto internacional e as controvérsias que envolvem a matéria, tendo em vista as medidas *antidumping* que podem se tornar efetivas a coibir essa prática.

Para isso, no que se refere à metodologia abordada, o trabalho configurou-se por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com via descritiva e exploratória, visando explicar, interpretar e analisar os fatos, buscando o aprimoramento de ideias. A abordagem é qualitativa, pois busca uma maior compreensão das ações e relações humanas e uma observação dos fenômenos sociais.

## **1 Discussões acerca do *Dumping social* no contexto internacional**

O fenômeno do *dumping* social em âmbito internacional ainda é assunto controverso. Por não existir uma definição consolidada para a expressão “padrões laborais mínimos”, a verificação da ocorrência desse fenômeno demanda uma análise complexa do cenário internacional.

Com efeito, identificar a ocorrência de *dumping* social em um contexto nacional é tarefa menos complexa, uma vez que a ordem jurídica de cada país é adotada como parâmetro para tal.

No Brasil, conforme o enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho<sup>732</sup>, o *dumping* social ocorre quando o empregador,

---

732 “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e

de forma reiterada e inescusável, fere a legislação trabalhista, auferindo indevidas vantagens concorrenciais<sup>733</sup>. Anote-se que a flexibilização trabalhista pode disfarçar tais agressões à ordem jurídica nacional. Em todo caso, a prática é reconhecidamente prejudicial à sociedade, o que resulta na condenação das empresas que praticam *dumping* social ao pagamento de indenização por dano social.

De forma diversa, não existem parâmetros exatos para a análise do fenômeno a nível internacional, posto que os ordenamentos jurídicos de cada Estado são considerados insuficientes para efetivar os direitos humanos dos trabalhadores, ou seja, não atenderiam aos padrões laborais mínimos.

Kaway e Vidal<sup>734</sup> apontam que o *dumping social* decorre da ausência de uma normatização internacional do direito dos trabalhadores. Os mencionados autores explicam que a implantação de uma empresa em determinado local acarreta a geração de empregos e, conseqüentemente, contribui para o desenvolvimento da região. Essas, ao buscarem um local para sua instalação, analisariam os regramentos trabalhistas dos países, em busca daquele que lhes ofereça maiores vantagens. Assim, países desenvolvidos e em desenvolvimento levam tal lógica em consideração ao regulamentar o Direito trabalhista interno ou ao assinar acordos internacionais que tratem do assunto. Isto é denominado por Kaway e Vidal<sup>735</sup> como mercado das legislações.

Nesse contexto, importa ainda destacar que, conforme Modena<sup>736</sup>, em decorrência do fenômeno da globalização, a soberania estatal foi fragilizada,

---

sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT.

733 BRASIL. **Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Enunciado 4. Vade Mecum. São Paulo. Saraiva. 2017.

734 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 3. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

735 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 3. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

736 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza,

pois os Estados não têm mais o poder de tratar de suas economias de forma unilateral. Existem outros agentes poderosos que influem na economia mundial.

Por certo, existem diversos fatores que interferem no mercado internacional, dentre eles destacam-se as multinacionais. Como exposto, essa influência afeta, inclusive, a normatização interna trabalhista de cada país e sua aderência aos acordos internacionais que tratem do assunto. Nesse contexto, Modena<sup>737</sup> defende que: “Visando atrair o volúvel capital estrangeiro, alguns países optam por reduzir os direitos sociais garantidos aos seus trabalhadores, em uma visível prática antidemocrática. [...]”.

Conforme Kaway e Vidal<sup>738</sup>, a fixação de empresas multinacionais em países em desenvolvimento, cujos direitos trabalhistas são mais flexíveis, significa, para esses, entrada de capital, aumento do número de empregos e desenvolvimento. Por outro lado, a saída de uma empresa de seu país significa evasão de capital e aumento de desemprego para os Estados desenvolvidos. Sobre o assunto, importa destacar ainda as lições de Di Sena Júnior<sup>739</sup>:

[...] as empresas instaladas em países em desenvolvimento, à medida que não asseguram as condições mínimas de trabalho indispensáveis ao exercício digno da atividade profissional, reduzem os custos de produção e tornam-se mais competitivas. Isso é visto por muitos trabalhadores dos países desenvolvidos como uma séria ameaça a seus benefícios sociais historicamente conquistados (aposentadoria, férias, licenças), aos elevados salários e à própria existência de empregos.

Assim, os principais afetados pelo *dumping* social seriam os países desenvolvidos, cujas normas trabalhistas são mais rígidas e garantistas.

---

Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

737 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. p. 128. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

738 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 2. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

739 DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 99.

Dentre os prejuízos enfrentados por esses Estados, Kaway e Vidal<sup>740</sup> destacam o desemprego e a perda de mercado em razão do custo de seus produtos. Os autores apontam ainda que, para solucionar tais problemas, os países desenvolvidos incentivam a melhoria das condições de trabalho daqueles em desenvolvimento sob o argumento de defesa dos direitos humanos, com o real objetivo de proteger suas próprias economias.

Sobre o assunto, Amaral Júnior<sup>741</sup> explica que países desenvolvidos, a exemplo dos Estados Unidos e da União Europeia, vêm acusando países em desenvolvimento da prática de *dumping* social. Conforme o pesquisador, aqueles alegam que a vantagem auferida por estes, em decorrência da mão de obra barata, seria indevida, pois desvirtuaria o comércio internacional, provocando distorções no mercado. Por outro lado, o autor aponta que os países em desenvolvimento defendem que a acusação da prática de *dumping* social é uma forma de protecionismo, pois os respectivos direitos trabalhistas estão de acordo com as condições econômicas e culturais de cada um.

As alegações dos países em desenvolvimento mostram-se razoáveis. Contudo, embora o discurso de defesa dos direitos humanos seja um disfarce para a política protecionista de Estados desenvolvidos, é imperioso reconhecer que tal argumento tem validade.

Como exposto, numa economia globalizada, normas trabalhistas flexíveis atraem o investimento de empresas multinacionais, entretanto, não é aceitável que esse fator dificulte o avanço dos direitos sociais nos países em desenvolvimento. Em outras palavras, não deve ser tolerado que trabalhadores permaneçam em condições de trabalho degradantes a fim de proporcionar mão de obra barata, servindo ao mercado. Assim, o discurso de defesa dos direitos humanos oculta a política protecionista dos Estados desenvolvidos,

---

740 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social**: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional. 2010. p. 4 Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017

741 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos Humanos e comércio internacional: reflexões sobre a “cláusula social”. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, v. 94, 1999, p. 295/314. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67444/70054>. Acesso em: 20 jun. 2017.

não pode ser um obstáculo à progressão dos direitos sociais nos países em desenvolvimento. Nesse sentido, convém destacar as lições de Piffer<sup>742</sup>:

[...] Contudo, existem mecanismos e ferramentas adequadas no comércio internacional a fim de evitar as atitudes eminentemente protecionistas. O que não pode ocorrer é o não acolhimento dos direitos dos trabalhadores sob a premissa de temor a um possível protecionismo.

Assim, o trabalho em condições degradantes deve ser combatido, concomitantemente, deve-se buscar o desenvolvimento dos direitos sociais a fim de efetivar os direitos humanos. Outra questão controversa repousa nos parâmetros que seriam adotados para tal.

Para os Estados desenvolvidos, seria ideal a implantação de uma ordem jurídica trabalhista globalmente unificada, com o objetivo de pôr fim ao “mercado de legislações”. Assim, os países em desenvolvimento passariam a ter um regramento trabalhista tão garantista quanto o dos primeiros. Todavia, não seria possível efetivar tal imposição.

Os Estados que passaram por processos históricos diferentes apresentam níveis de desenvolvimentos diversos, bem como culturas variadas. Os países que oferecem maiores direitos aos trabalhadores passaram por processos de evolução de seus direitos sociais para alcançar o patamar atual, assim, seus níveis de desenvolvimento e culturas estão adaptados a tais modelos de regramentos trabalhistas.

De forma diversa, os países em desenvolvimento ainda não passaram por evoluções semelhantes em relação aos seus direitos sociais, razão pela qual se entende que suas economias e culturas não estariam preparadas para os mesmos padrões trabalhistas adotados pelos países desenvolvidos.

Pelo exposto, verifica-se que é necessário que existam garantias mínimas aos trabalhadores em um contexto internacional, ao passo que tais parâmetros não podem ser equiparados aos direitos ofertados pelos países desenvolvidos.

---

742 PIFFER, Carla. **Direitos Sociais em Tempos Neoliberais**: uma Análise do Dumping Social no Comércio Internacional. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. p. 112. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2073>. Acesso em: 20 jun. 2017

Assim, busca-se identificar quais critérios devem ser adotados para verificar se a legislação de determinado país permite a prática do *dumping* social.

Tais critérios devem ser fixados com cautela, pois se almeja sua adoção por países de diferentes níveis de desenvolvimento e de variadas culturas. Nesse contexto, diversos pesquisadores, dentre os quais, Kaway e Vidal<sup>743</sup>, Piffer<sup>744</sup> e Paula<sup>745</sup>, defendem que, os padrões trabalhistas mínimos estariam previstos nas convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quais sejam: Convenção nº 29 sobre Trabalho Forçado; Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização; Convenção nº 98 sobre Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva; Convenção nº 100 sobre Igualdade de Remuneração; Convenção nº 105 sobre Abolição do Trabalho Forçado; Convenção nº 111 sobre Discriminação (emprego e ocupação); Convenção nº 138 sobre Idade Mínima; e Convenção nº 182 sobre Piores Formas de Trabalho Infantil.

Sobre o assunto, destaque-se que o Brasil ratificou sete das oito convenções listadas, a única não ratificada é a Convenção nº 87. Isto porque, de acordo com Corrêa<sup>746</sup>, defende-se que a ratificação dessa convenção poderia deteriorar o movimento sindical brasileiro.

Com efeito, há a necessidade de um estudo mais aprofundado a fim de verificar se o emprego das convenções fundamentais da OIT seria suficiente para garantir os direitos humanos básicos dos trabalhadores. Da mesma

---

743 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social**: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional. 2010. p. 10. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

744 PIFFER, Carla. **Direitos Sociais em Tempos Neoliberais**: uma Análise do Dumping Social no Comércio Internacional. 2008. Dissertação (Mestre em Direitos) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2073>. Acesso em: 20 jun. 2017

745 PAULA, Adriana Ferreira de. **Dumping Social e Dano Moral Coletivo**: uma Análise de suas Configurações Jurídicas e Aplicação pela Justiça do Trabalho, como Instrumento de Combate às Violações dos Direitos Trabalhistas. 2014. Dissertação (Mestre em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2704/1/ADRIANA%20FERREIRA%20DE%20PAULA.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

746 CORRÊA, Lelio Bentes. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 56-61, jan./mar. 2009. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6565/004\\_correa.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6565/004_correa.pdf?sequence=5&isAllowed=y). Acesso em: 20 jun. 2017.

forma, é indispensável analisar se tais regras seriam efetivamente aplicáveis a países de diferentes níveis de desenvolvimento e cultura.

## 2 Medidas obstativas ao *Dumping* social

Em decorrência da inexistência de critérios para a verificação da ocorrência de *dumping* social, surge uma variedade de medidas que buscam inibir essa prática. Dentre as principais, destacam-se a cláusula social, o pacto social e o selo social.

Apesar de compartilharem do mesmo objetivo, cada meio dispõe de agentes e metodologias diferentes, apresentando sanções aos praticantes de *dumping* social ou benefícios às empresas que respeitem as diretrizes apresentadas pela respectiva medida, como será visto a seguir.

### 2.1 Cláusula social

Segundo Rocha<sup>747</sup>, a cláusula social seria a inserção de padrões trabalhistas em âmbito global, por meio de tratados internacionais de comércio. De acordo com o autor, os acordos se comportariam garantindo respeitabilidade aos direitos dos trabalhadores que integrassem os processos de produção de bens e serviços. Nesse sentido, argumenta:

A cláusula social é a imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação.

---

747 ROCHA, Dalton Caldeira. **A cláusula social e o Mercosul**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 25. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81646/182963.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 set. 2019.



A origem da cláusula social advém da relação entre os direitos humanos e o comércio, por isso a mesma pode ser visualizada como o estabelecimento de parâmetros laborais mínimos, voltados à proteção humana<sup>748</sup>.

Com efeito, discussões em âmbito internacional quanto à aceitação da cláusula como uma ferramenta de combate ao *dumping* social, ocasionam barreiras para que a mesma exerça imposição normativa, em razão de controvérsias relativas à competência do órgão internacional responsável pela gestão das mesmas<sup>749</sup>.

É nesse sentido que Júnior<sup>750</sup> aponta o embate existente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, os quais defendem, respectivamente, a competência da Organização Mundial do Comércio (OMC) e a competência da Organização Internacional do Trabalho.

Os Estados que defendem a competência da OMC o fazem por visualizarem o mercado como fator principal do desenvolvimento de práticas atreladas ao *dumping* social, compreendendo que caberia à citada organização o uso de seu poder sancionador, advindo do sistema de soluções de controvérsias que a integra, para prover a real efetividade às cláusulas sociais<sup>751</sup>.

Já a OIT defendida, em maior parte, pelos países em desenvolvimento, prioriza o aspecto humanista do trabalho, buscando prover garantias essenciais para a manutenção das cadeias laborais. Por certo, a referida organização detém a responsabilidade de regular, fiscalizar e monitorar o cumprimento dos padrões trabalhistas globais à medida que intenta viabilizar

---

748 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 9. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

749 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 12. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

750 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999, p. 138.

751 TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A Prática de Dumping Social como um Fundamento de Legitimação de Punitive Damages, em uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

a normatização de um mínimo laboral essencial aos Estados-membros, por meio de convenções<sup>752</sup>.

As convenções são espécies normativas emanadas pela própria organização, oferecidas aos Estados-membros como possibilidade de reestruturação de seus ordenamentos jurídicos internos<sup>753</sup>. Uma vez recepcionadas, passam a potencializar a possibilidade de uma redefinição da situação jurídica laboral, no determinado país signatário. Contudo, a ratificação é um critério condicionado à soberania estatal.

É sobre esse aspecto, como também sobre a eventualidade de um país signatário desrespeitar uma convenção ratificada, que reside a crítica aos defensores da competência da OIT, pois mesmo que a sistemática da organização oportunize uma unificação das regras trabalhistas em prospecto global, priorizando os direitos humanos do trabalhador, encontra sua maior adversidade no cumprimento voluntário das mesmas, em razão da OIT não gozar de poder sancionatório, conforme pondera Kaway e Vidal<sup>754</sup>.

Entretanto, a própria OMC tem discursado em favor da competência da OIT, exatamente por tratar-se de uma prejudicialidade decorrente de uma cadeia laboral, sendo o tema do *dumping* social mais intrínseco ao trabalho que ao comércio<sup>755</sup>. Nessa linha, segundo o pensamento de Thorstensen<sup>756</sup>, a solução à problemática seria elevar a força política da OIT, de forma que

---

752 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

753 ARIOSI, Mariângela F. **Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/21955-21956-1-PB.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

754 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. **Tang. Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 8. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

755 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

756 THORSTENSEN, Vera. **A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais**. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n2/v41n2a03>. Acesso em: 22 jun. 2017.

a organização se comprometesse em possibilitar maior publicidade às investigações e estudos acerca das empresas praticantes de *dumping* social, a fim de que os próprios consumidores pudessem boicotar os produtos advindos dessa prática.

Nessa perspectiva, observa-se o escopo positivo e negativo da cláusula social. De acordo com Modena<sup>757</sup>, a cláusula social negativa seria aquela com previsão de sanções punitivas ao país cujo regramento trabalhista não assegure condições dignas de trabalho. Já a cláusula social positiva se comportaria de forma a premiar com benefícios econômicos aqueles países que viessem a cumprir com todas as determinações pactuadas, além de ganharem destaque em cenário internacional por colaborarem com a ética e lealdade na cadeia produtiva de trabalho.

Com isso, observa-se que unir a cláusula social positiva à proposta de Thorstensen torna-se um modelo eficiente ao combate contra o *dumping* social, pois com a oferta de benefícios significativos aliados à construção de uma boa “imagem empresarial”, moldaria um mercado ético e justo.

## 2.2 Pacto Global

O Pacto Global, ao contrário da cláusula social, é uma medida *antidumping* conectada à autonomia existente dentro das próprias empresas. Trata-se de um acordo realizado entre uma ou mais multinacionais que adotam diretrizes que buscam implantar, de forma coerente e uniforme, normas trabalhistas que tenham por objetivo evitar a prática de *dumping* social<sup>758</sup>.

Com sistemática semelhante, opera-se o código de conduta. Nessa espécie, apenas uma empresa estabelece, internamente, um conjunto de normas e

---

757 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

758 KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. p. 15. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017. À época da produção deste trabalho, o referido link continha o artigo citado, atualmente o link não está mais disponível.

direcionamentos a serem seguidos pela mesma, tornando claro aos clientes seus valores e posicionamentos<sup>759</sup>.

Evidencia-se que, operadas de boa-fé, ambas as medidas encontrariam eficácia e poderiam ser vistas como uma boa alternativa no combate ao *dumping* social. Porém, empresas dispostas a violar a legislação trabalhista, com o intuito de reduzir seus custos de produção e auferir vantagens, poderiam muito bem realizar pactuações voltadas a causar apenas uma imagem ao mercado e, em seguida, dar prosseguimento às suas práticas irregulares.

## 2.3 Selo Social

Como bem reforça Modena<sup>760</sup>, atualmente há uma preocupação mais recorrente com a construção e consolidação da imagem de uma empresa. Portanto, uma atividade empresarial deve buscar inovar dentro do nicho mercadológico, trazendo ideias e propostas com impacto social para fidelizar clientes cada vez mais ligados à ideia de responsabilidade social.

A responsabilidade social consiste em trilhar um caminho ético dentro do mercado, aliando crescimento econômico e desenvolvimento social. Em outras palavras, a empresa deve ter indicadores econômicos e sociais. Para isso, ela não deve se limitar a seguir apenas normas trabalhistas nacionais e as veiculadas à OIT, mas deve investir no desenvolvimento profissional e pessoal de seus trabalhadores, proporcionando a potencialização da cultura local e da cidadania<sup>761</sup>.

---

759 TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A Prática de *Dumping* Social como um Fundamento de Legitimação de Punitive Damages, em uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

760 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

761 MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

É por meio dessa ideia que surge o selo social. Ele é exatamente a veiculação de um título social a marcas e produtos que demonstram respeito à observância de princípios fundamentais à cadeia laboral<sup>762</sup>.

No Brasil, pode-se citar a Fundação Abrinq, uma entidade que nasceu em decorrência do programa “Empresa Amiga da Criança”, por meio do qual intenta combater a mão de obra infantil. A instituição, fazendo uso de selos, certifica empresas que combatem essa questão<sup>763</sup>.

## Considerações finais

Como exposto, a prática do *dumping* social em contexto internacional é objeto de controvérsias. Países desenvolvidos defendem que a prática deve ser rechaçada, a fim de efetivar os direitos humanos e evitar que haja concorrência desleal no mercado mundial. Por sua vez, os países em desenvolvimento que são acusados dessa prática se defendem sob o argumento de que os Estados desenvolvidos estariam objetivando apenas proteger sua economia.

De fato, entende-se que os países desenvolvidos empregam políticas protecionistas, todavia, esse fato não deve ser usado como fundamento para manter a situação precária dos trabalhadores dos países que permitem a prática de *dumping* social, devendo ser buscadas medidas que promovam a evolução dos direitos sociais desses Estados.

Outra controvérsia sobre o tema são os critérios que devem ser adotados para verificar se o regramento trabalhista de determinado país atende a padrões trabalhistas mínimos. Pesquisadores do assunto defendem que as convenções fundamentais da OIT devem ser empregadas como parâmetro para tal. Essa ideia é razoável, porém, a matéria merece um estudo mais aprofundado a fim de verificar se tais comandos seriam suficientes para efetivar os direitos humanos dos trabalhadores e seria aplicável a países de níveis de desenvolvimento diferentes e culturas variadas. Enquanto tais estudos não forem realizados, a adoção das convenções fundamentais como critérios mostra-se razoável.

---

762 TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A Prática de Dumping Social como um Fundamento de Legitimação de Punitive Damages, em uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

763 FUNDAÇÃO ABRINQ. Disponível em: <http://www.fundabrinq.org.br>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Nesse sentido, surgem as medidas *antidumping*, cuja função principal é combater a prática do *dumping* social, cada uma com seus respectivos parâmetros e metodologias.

Em decorrência do estudo desenvolvido, verifica-se que as medidas mais adequadas, e possivelmente mais efetivas, de combate ao *dumping* social são as cláusulas sociais positivas em conjunto com os selos sociais.

Defende-se a aplicação da cláusula social positiva, pois essa confere benefícios aos países que atendam às diretrizes impostas, impulsionando os Estados a alcançarem tais patamares. Outro aspecto importante, no tocante às cláusulas sociais positivas, é a ausência de grandes prejuízos aos países que necessitam de um tempo maior para implantar tais medidas em suas ordens jurídicas, posto que não sofreriam sanções.

Apesar das discussões sobre o assunto, a fiscalização da aplicação e efetivação das cláusulas sociais é de competência da OIT. Com efeito, isto facilita o emprego das convenções fundamentais como padrões laborais mínimos. Destaque-se que a OIT não tem poder sancionatório, razão pela qual se defende que a organização deve dar publicidade às informações acerca de quais países cumprem e descumprem as cláusulas sociais das quais são signatários.

Aliada à cláusula social, é indispensável a adoção do selo social. Ao passo que a OIT promoveria a divulgação dos Estados que desrespeitariam as cláusulas, o selo social daria publicidade às empresas multinacionais que se instalem em países que desrespeitem determinada diretriz e aufram benefícios com isso.

Dessa forma, o emprego das convenções fundamentais da OIT, como critérios da verificação da ocorrência de *dumping* social, enquanto não se realizem novas pesquisas para aferir se esses seriam os parâmetros mais adequados, a aplicação de cláusulas sociais positivas sob fiscalização da OIT, bem como a adoção de selo social, mostram-se, atualmente, as medidas mais indicadas para obstar a prática do *dumping* social, garantindo a efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores pelo mundo e inibindo a concorrência desleal no comércio internacional.

## Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999, p. 138.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos Humanos e comércio internacional: reflexões sobre a “cláusula social”. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 94, 1999, p. 295/314. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67444/70054>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ARIOSI, Mariângela F. **Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/21955-21956-1-PB.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Enunciado 4. VadeMecum. São Paulo. Saraiva. 2017.

CORRÊA, Lelio Bentes. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 56-61, jan./mar. 2009. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6565/004\\_correa.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6565/004_correa.pdf?sequence=5&isAllowed=y). Acesso em: 20 jun. 2017.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003.

FUNDAÇÃO ABRINQ. Disponível em: <http://www.fundabrinq.org.br>. Acesso em: 22 jun. 2017.

GATT. **General Agreement of Tariffs and Trade**. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf). Acesso em: 20 jun. 2017.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. **Dumping social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. 2010. Disponível em: <http://declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20Cl%C3%A1usula%20Social.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MODENA, Ana Isabel. **As Cláusulas Sociais como Instrumento de Efetividade dos Direitos Fundamentais do Trabalho**. 2010. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347152/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PAULA, Adriana Ferreira de. **Dumping social e Dano Moral Coletivo: uma Análise de suas Configurações Jurídicas e Aplicação pela Justiça do Trabalho**,

como Instrumento de Combate às Violações dos Direitos Trabalhistas. 2014. Dissertação (Mestre em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia. Disponível em: <http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2704/1/ADRIANA%20FERREIRA%20DE%20PAULA.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PIFFER, Carla. **Direitos Sociais em Tempos Neoliberais: uma Análise do *Dumping social* no Comércio Internacional.** 2008. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2073>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ROCHA, Dalton Caldeira. **A cláusula social e o Mercosul.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81646/182963.pdf?sequence=>. Acesso em: 28 set. 2019.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A Prática de Dumping social como um Fundamento de Legitimação de Punitive Damages, em uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

THORSTENSEN, Vera. **A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais.** 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n2/v41n2a03>. Acesso em: 22 jun. 2017.



# ***Universidade Gallaudet: a Educação Superior para a pessoa surda***

University Gallaudet: college education for deaf people

## **Tatiana Façanha Borges**

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Tecnológica de Palmas. Proficiente em LIBRAS pelo Centro de Referência em Educação e Atendimento Especializado do Ceará. E-mail: [tatianafacanha@hotmail.com](mailto:tatianafacanha@hotmail.com)

## **Dayane Nayara da Silva Alves**

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM-RJ. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: [dayanenayarad@outlook.com](mailto:dayanenayarad@outlook.com)

**Resumo:** Neste artigo será realizada análise ao Direito Constitucional no que tange à educação superior, bem como críticas às portarias do Ministério da Educação, tendo como base a Constituição Federal, a Lei de LIBRAS e a lei nº 13.146 de 2015. Com isso, objetiva-se averiguar se as normas nacionais observam as particularidades da cultura surda, tendo como parâmetro a *Gallaudet University* e sua implementação de um ensino superior inclusivo às necessidades da pessoa surda, ou seja, realizando um comparativo da prática americana com a legalidade brasileira. Utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental, tanto física quanto virtual, além de metodologia formal e factual, já que lida com conceitos e trata de fatos com mensuração. Concluiu-se que a *Gallaudet University* proporciona aos surdos um ambiente acadêmico no qual possam se desenvolver tanto individual quanto culturalmente e deveria ser, portanto, uma influência à academia e às normas brasileiras.

**Palavras-chave:** Pessoa surda. Educação Superior. *Gallaudet University*.

**Abstract:** In this article, an analysis will be made of Constitutional Law, in the tangent to higher education, in the same manner, carrying out criticisms of the Ministry of Education's decisions, based on the Federal Constitution and Laws No. 10,436 of 2002, known as the LIBRAS Law and the Law No. 13,146 of 2015, known as the Statute of Persons with Disabilities. As well as, objectively ascertain whether the national norms observe the particularities of deaf culture by using Gallaudet University as parameter, and its implementation of higher education inclusive of the needs of the deaf person, in other words, realizing a comparative between american practice and brazilian legality. Using bibliographical and documentary research, both physical and virtual, in addition to formal and factual methodology, since it deals with concepts and deals with facts with measurement. In conclusion, Gallaudet University provides the deaf with an academic environment in which both individuals and culture can develop, and should therefore be an influence on the Brazilian academy and norms.

**Keywords:** Deaf Person. College Education. Gallaudet University.

## Introdução

A educação é o meio pelo qual qualquer pessoa vem a adquirir conhecimento, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento dos

indivíduos, auxiliando-os a progredir em sua existência e profissionalmente. A Constituição, por conseguinte, garante o direito social à educação a todos os cidadãos, sendo de caráter, senão indispensável, obrigatório. Vejamos o artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

No panorama brasileiro, portanto, deve-se considerar que o português não é a única língua utilizada como sistema comunicacional no território nacional, pois, além das línguas indígenas, protegidas no artigo 231 da Constituição, a Lei nº 10.436 de 2002 reconhece a Língua Brasileira de Sinais, comumente conhecida como LIBRAS, como meio legal de comunicação e expressão, previsto no artigo 1º, que também expõe o conceito basilar desta.

A língua de sinais se apresenta como a forma de comunicação utilizada, preferencialmente, pelas pessoas que nascem com a capacidade auditiva reduzida ou que a adquirem antes de atingirem a fase de aquisição da língua. Isso ocorre pelo fato de a língua de sinais dispor de técnicas que priorizam os sentidos da visão e do tato ao deter cinco parâmetros: Configuração de mão, Pontos de Articulação, Movimento, Orientação e Expressão Corporal.

A pessoa surda no Brasil poderá se comunicar por meio da LIBRAS, da Língua Portuguesa, na qual um procedimento de oralização é necessário, ou do método bilíngue, no qual a LIBRAS é ensinada como Língua 01 (L1) e, após o domínio desta, o português lhe será ensinado como Língua 02 (L2).

Além da língua, para o desenvolvimento do ensino, deve-se considerar o ambiente que o propiciará e, no âmbito da Graduação, a primeira universidade a ofertar o curso de Libras, no Brasil, foi a Universidade Federal de Santa Catarina. Contudo, mesmo se for considerado o avanço na criação de cursos de Libras nas universidades brasileiras e a utilização de intérpretes que garantam o repasse do conhecimento dos professores aos alunos surdos, pode-se, a fim de se obter um viés comparativo, observar a existência de outras universidades que se desenvolveram e estão em níveis mais adequados para a inclusão acadêmica do surdo, como a *Gallaudet University*.

Assim, pretende-se analisar no tema amplo o direito ao ensino correlacionado ao direito inclusivo da pessoa surda na graduação por meio do tema restrito da história e metodologia da *Gallaudet University*.

Dessa forma, no desenvolvimento desta pesquisa, buscar-se-á responder a questionamentos do tipo: Como é a metodologia do ensino brasileiro na graduação para os surdos? Como a *Gallaudet University* aborda o ensino para os surdos? A inclusão promovida na *Gallaudet University* viabiliza, de forma significativa, a inclusão da pessoa surda em um comparativo com as universidades brasileiras?

As hipóteses para os questionamentos, para tanto, seriam: para a primeira pergunta, a metodologia do ensino brasileiro busca ser inclusiva, principalmente a partir do reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais, contudo, não há um estudo aprofundado sobre as identidades surdas, que não são somente uma. Portanto, a abordagem do ensino será mais promissora e prática de acordo com a sua percepção identitária.

Para a indagação seguinte, a hipótese é que a *Gallaudet University* utiliza metodologia voltada para a visão e língua de sinais, no caso a *American Sign Language (ASL)*. A terceira e última conjectura é a de que a *Gallaudet University* possibilita que a pessoa surda possa desenvolver a si e aos artefatos que a tornam parte de uma cultura única de maneira mais significativa que as universidades brasileiras, já que a LIBRAS e a cultura surda não são amplamente discutidas no universo da graduação.

Assim, o objetivo deste artigo é criticar as Resoluções instituídas pelo Ministério da Educação, em especial a Resolução nº 04 de 2009, em observância ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146 de 2015 e a Lei de LIBRAS, a lei nº 10.436 de 2002, sobre a desobservância das particularidades da pessoa surda brasileira e da inclusão ou exclusão dessas pessoas à garantia do ensino, tendo como base a aplicação da *Gallaudet University* para o ensino.

A metodologia escolhida foi a bibliográfica que, de acordo com Severino<sup>764</sup> “[...] é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses, etc.”. São, portanto, dados já trabalhados por outros pesquisadores.

---

764 SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007. p. 122.

# 1 O direito à educação da pessoa surda brasileira

No Brasil, antes do período do Segundo Império (1840-1889), Honora e Frizanco<sup>765</sup> explicam que a pessoa surda ou a pessoa com deficiência auditiva não era incitada para o campo da educação, já que a surdez era considerada como uma deficiência grave, capaz de incapacitá-la para tal finalidade.

A chegada de H Ernest Huet ao país foi um fator decisivo para a mudança da percepção do surdo, posto que, ao obter resultados significativos no ensino de pessoas surdas, demonstrou suas capacidades de aprendizado, criando a primeira escola voltada para surdos do Brasil. Atualmente, é o Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES) que, além de continuar a ensinar pessoas surdas, do ensino infantil ao médio, também:

[...] tem como uma de suas atribuições regimentais subsidiar a formulação da política nacional de Educação de Surdos, em conformidade com a Portaria MEC nº 323, de 08 de abril de 2009, publicada no Diário Oficial da União de 09 de abril de 2009, e com o Decreto nº 7.690, de 02 de março de 2012, publicado no Diário Oficial da União de 06 de março de 2012. Único em âmbito federal, o INES ocupa importante centralidade, promovendo fóruns, publicações, seminários, pesquisas e assessorias em todo o território nacional. Possui uma vasta produção de material pedagógico, fonoaudiológico e de vídeos em língua de sinais, distribuídos para os sistemas de ensino. Além de oferecer, no seu Colégio de Aplicação, Educação Precoce e Ensinos Fundamental e Médio, o Instituto também forma profissionais surdos e ouvintes no Curso Bilíngue de Pedagogia, experiência pioneira no Brasil e em toda América Latina<sup>766</sup>.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve enfoque às garantias, aos direitos e aos princípios fundamentais das pessoas, tanto as cidadãs quanto as estrangeiras, principalmente, na igualdade e na inclusão. As inovações trazidas pela Carta Magna decorreram do foco

---

765 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.

766 INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES.** Rio de Janeiro, 2017. Acessível em: <http://www.ines.gov.br/conheca-o-ines>. Acesso em: 17 jul. 2017.

aos Direitos Humanos que, segundo Novaes são: “[...] hierarquicamente superiores a todo o ordenamento jurídico, pois a aplicação das determinações legais exige que os mesmos sejam respeitados”<sup>767</sup>.

Já para o ensino, com a influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Novelino<sup>768</sup> argumenta que esse deverá observar os princípios estabelecidos no art. 206 da Constituição Federal, sendo importante ressaltar o princípio da igualdade de condições e, para a pessoa surda, o respeito ao acesso a todos os níveis de ensino é essencial. A Constituição Federal de 1988, entretanto, traz somente normas gerais a serem observadas e utilizadas como base.

Para a criação de determinações mais específicas sobre a educação, tanto a União quanto os outros entes federais, Estados, Municípios e Distrito Federal, poderão vir a legislar sobre a matéria, pois, segundo Branco e Mendes<sup>769</sup>:

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias, como o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico, conservação da natureza e proteção do meio ambiente, educação, proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência, proteção à infância e à juventude, do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, assistência jurídica, defensoria pública etc.

Assim, observa-se que a Constituição Federal de 1988 indica os parâmetros e os requisitos iniciais a serem observados para a efetivação do ensino aos brasileiros, incluindo a comunidade surda, mas para o ensino superior, em especial a graduação, será necessário um aprofundamento a ser realizado no próximo tópico nas normas infraconstitucionais.

---

767 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania**. Rio de Janeiro: Walk, 2010. p. 23.

768 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

769 BRANCO, Paulo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 884.

## 1.1 As Normas Infraconstitucionais e as Portarias do Ministério da Educação para a Pessoa Surda

As normas infraconstitucionais estão, hierarquicamente, sob as normas constitucionais, devendo observar os preceitos entabulados e, desta feita, não poderão contradizê-las.

Para a observância das normas infraconstitucionais trabalhadas no presente artigo, em especial as leis: nº 9.394 de 1996, que trata das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB); a de nº 10.436 de 2002, que versa sobre a implementação da Língua Brasileira de Sinais (Lei de LIBRAS) e a de nº 13.146 de 2015, abordando as pessoas com deficiência (Estatuto PcD) é relevante considerar os princípios da isonomia e legalidade.

No princípio da isonomia, ramificação do princípio da igualdade, de acordo com Lenza: “[...] a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”<sup>770</sup>. Ou seja, para uma efetiva igualdade entre as pessoas, devem-se considerar os aspectos que as tornam distintas e trabalhar sua distinção para que possam competir em igualdade com os demais.

Já sobre o princípio da legalidade, Lenza<sup>771</sup> explica que deverá conter duas formas de interpretação, nas quais: a primeira indica que as pessoas poderão praticar os atos que não são proibidos, enquanto na segunda, somente é referente à administração pública e esta só poderá atuar em conformidade com o legal.

Desta feita, a Lei de Diretrizes e Bases, a Lei de LIBRAS e o Estatuto da Pessoa com Deficiência deverão se refletir sobre a pessoa surda de tal forma que, em caso de lacuna do texto legal, esta deverá ser preenchida. Ocorre que há casos em que a norma não é omissa e sim contraditória e, nesses casos, o artigo ou a lei contraditória não deveria ser recepcionada.

Nesse caso, como o artigo 13 da Constituição Federal determina expressamente que a língua oficial brasileira é o português, foi necessária a promulgação da Lei nº 10.436 de 2002, a Lei de LIBRAS, para reconhecer a

---

770 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 455.

771 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 455.

Língua Brasileira de Sinais como meio de comunicação oficial no país. Assim, a lei traz a definição do que seria a LIBRAS, bem como a obrigatoriedade de sua difusão pelo Poder Público. No artigo 4º da lei mencionada anteriormente, há a previsão referente ao ensino da Língua de Sinais. Vejamos:

O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais - PCNs, conforme legislação vigente.

O reconhecimento da língua de sinais no Brasil foi de fundamental importância para a comunidade surda, tanto pelo aspecto do reconhecimento de sua cultura e de seus membros como participantes efetivos do *status* de cidadãos brasileiros, como para renovar o interesse e integração de seus membros no ensino. Visualizemos:

Hoje, 44 países reconhecem oficialmente as Línguas de Sinais e os direitos lingüísticos dos surdos. No Brasil e nesses países, as novas gerações pertencentes às comunidades surdas não dizem mais “Eu surdo” - Ser passivo - que não pensa nem escolhe. Sabem que é seu direito usar a Língua de Sinais e acreditam em suas possibilidades. É uma geração mais forte que sempre pressiona pelo intérprete, pela acessibilidade da Língua de Sinais. Muitos surdos adultos voltam à escola quando percebem que ela se tornou significativa para eles. Procuram o EJA, o Letras Libras, o Centro Federal de Educação Tecnológica de Santa Catarina CEFET/SC, as universidades. Muitos manifestam que perderam seu tempo e agora querem recuperá-lo<sup>772</sup>.

Observa-se que, ao oficializar aspectos relevantes para uma cultura, isso a fortalecerá, tornando os seus integrantes mais confiantes e conhecedores de seus direitos e efetivamente participantes de sua cidadania. Assim, é

---

772 STUMPF, Marianne Rossi. Mudanças Estruturais para uma inclusão ética. In: QUADROS, Ronice Müller de (org.). **Estudos Surdos III**. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 16.



necessário que os textos legais venham a expressar tais tópicos ou que, ao menos, não acabem por não os considerar.

E a contradição pode ser observada no parágrafo único do artigo 4º da Lei de LIBRAS que vem, infelizmente, retroagir com os direitos da pessoa surda, pois estabelece que, na modalidade escrita, a Língua Brasileira de Sinais não poderá substituir o português, desconsiderando as particularidades da língua de sinais e sua estrutura diversa da língua oral.

O ensino bilíngue para a pessoa surda aparece, primeiramente, no art. 22 do Decreto nº 5.626, aparecendo novamente no artigo 28, IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Estatuto PcD). O diferencial se encontra na especificação de que, no ensino mencionado, a LIBRAS será ensinada como primeira língua comunicacional, enquanto o português o será como segunda, e a primeira para a escrita.

Já a Lei nº 9.394/96 (Diretrizes e Bases da Educação Nacional), prescreve em seu artigo 16 que o ente Federal é responsável pelas redes de ensino superior privado e pelos órgãos federais de ensino, assim, somente as instituições dos Estados e Distrito Federal não estão passíveis de sua compreensão e regulamentação.

O Ensino Superior, doravante o Capítulo IV da lei supramencionada, estabelece no artigo 44 que será composta por cursos sequenciais, de graduação, de pós-graduação e de extensão, indicando as regras desde a seleção dos alunos na graduação, até os critérios para a validação das instituições de ensino.

Um dos pontos relevantes no reconhecimento da cultura surda no ensino superior da graduação para os estudantes desta se evidencia na possibilidade de desenvolver, academicamente, temas correlatos à surdez e aos artefatos culturais de sua comunidade, como a Libras. Quadros<sup>773</sup> expõe que a Universidade de Santa Catarina (UFSC) foi a primeira universidade do país a criar o curso de Letras Libras em 2006 na modalidade de licenciatura e de bacharelado em 2008, e evidencia a produção acadêmica sobre temas

---

773 QUADROS, Ronice Müller de. Contextualização dos estudos linguísticos sobre a Libras no Brasil. In: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 18. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice\\_Muller\\_de\\_Quadros%2C\\_Marianne\\_Rossi\\_Stumpf%2C\\_Tarcisio\\_de\\_Arantes\\_Leite.\\_Estudos\\_da\\_Lingua\\_Brasileira\\_de\\_Sinais\\_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite._Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 31 ago. 2019.

envolvendo a surdez. Souza<sup>774</sup> também elucida aspectos significativos sobre a criação do curso, que desde a sua concepção foi realizado em trabalho conjunto com a universidade e com a Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos (FENEIS), visando a educação acadêmica dos surdos abordar aspectos sociais e a percepção visual destes.

Já o inciso XI do Decreto aborda a concessão de intérpretes de Libras bem como a formação de professores, entretanto, não é expressa a necessidade dos educadores na Língua Brasileira de Sinais. No inciso seguinte destaca-se a proposta de ensino da língua de sinais a todos os alunos.

Ainda sobre os intérpretes, o parágrafo 2º delimita o nível escolar desses profissionais, pois ao trabalharem no ensino básico devem ter, no mínimo, o ensino médio e certificado de proficiência na língua, enquanto para o ensino superior o tradutor deverá ter nível superior, preferencialmente, na Interpretação e Tradução de LIBRAS. Ocorre que nem todos os estados ofertam o ensino de Letras Libras, que dirá Interpretação, como Quadros expõe a seguir:

Novos centros de pesquisas começam a surgir no país. Temos as universidades que passaram a oferecer o Curso de Letras Libras e os polos do Curso de Letras Libras na modalidade a distância espalhados por todo o país – curso oferecido pela Universidade Federal de Santa Catarina em parceria com outras universidades ou instituições de ensino superior públicas do país: Universidade Federal do Amazonas, Universidade de Brasília, Universidade Estadual do Pará, Universidade do Ceará, Universidade Federal do Pernambuco, Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal do Espírito Santo, Instituto Nacional de Educação de Surdos, Cefet de Minas Gerais, Instituto Federal do Rio Grande do Norte, Instituto Federal de Goiás, Universidade Federal

---

774 SOUZA, Saulo Xavier de. Percepções da norma surda de tradução no Brasil: o caso do curso de Letras-Libras da UFSC. In: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 153-182. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice\\_Muller\\_de\\_Quadros%2C\\_Marianne\\_Rossi\\_Stumpf%2C\\_Tarcisio\\_de\\_Arantes\\_Leite.\\_Estudos\\_da\\_Lingua\\_Brasileira\\_de\\_Sinais\\_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite._Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 31 ago. 2019.

de Grande Dourados, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Federal de Santa Maria<sup>775</sup>.

Com isso, poderá ocorrer um embaraço para o ingresso ou permanência da pessoa surda no ensino superior, tendo em vista que, provavelmente, o professor não saberá LIBRAS e, mesmo que o saiba, não conseguirá falar para os demais alunos e sinalizar ao mesmo tempo, exceto no caso de todos os universitários na sala serem surdos sinalizantes, o que é de extrema improbabilidade de ocorrer no panorama nacional.

Outra questão a ser levantada, com a previsão do artigo 30, incisos III e V, seria a metodologia avaliativa para a pessoa surda, pois há a necessidade de sua adaptação para a língua de sinais como prioritária e, no caso de sua inviabilidade, há a necessidade da presença do intérprete, que seria necessário mesmo com a prova adaptada, pois no caso de dúvida seria esse o canal com o professor que desconhece a Libras, além de ser considerado o tempo da duração da prova, em decorrência do tempo da pergunta e da resposta sinalizadas.

O Ministério da Educação<sup>776</sup> é o órgão do governo federal que trabalha com a política nacional de educação desde o ensino básico, fundamental, médio e superior, promovendo o fomento ao ensino e à pesquisa, bem como prestando auxílio às famílias carentes para a educação de crianças, jovens e adultos. Ao ser realizada pesquisa no sítio eletrônico do MEC<sup>777</sup> sobre as portarias relativas à educação especial, foram encontradas a resolução do Conselho Nacional de

---

775 QUADROS, Ronice Müller de. Contextualização dos estudos linguísticos sobre a Libras no Brasil. In: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 24. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice\\_Muller\\_de\\_Quadros%2C\\_Marianne\\_Rossi\\_Stumpf%2C\\_Tarcisio\\_de\\_Arantes\\_Leite\\_Estudos\\_da\\_Lingua\\_Brasileira\\_de\\_Sinais\\_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite_Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 31 ago. 2019.

776 BRASIL. Ministério da Educação. **Ministério da Educação (MEC)**. 2017. Disponível em: [http://www.servicos.gov.br/orgao/http-estruturaorganizacional-dados-gov-br-id-unidade-organizacional-244?pk\\_campaign=busca](http://www.servicos.gov.br/orgao/http-estruturaorganizacional-dados-gov-br-id-unidade-organizacional-244?pk_campaign=busca). Acesso em: 14 mai. 2017.

777 BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer e resolução normativos sobre educação especial**. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12888-parecer-e-resolucao-normativos-sobre-educacao-especial>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Educação e da Câmara de Educação Básica nº 2<sup>778</sup>, de 2001, e nº 4, de 2009<sup>779</sup>; todavia, ambas somente versam sobre a educação básica.

Ao criarem normas infraconstitucionais e infralegais, deve-se considerar, além do respeito ao acesso à educação, se o local de ensino possui o método adequado, pois, para as pessoas surdas que se utilizam da língua de sinais, o ensino bilíngue se mostra como o mais adequado, e Novaes também explica que:

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 serão usuários nativos, no primeiro caso, de uma língua espaço-visual, e no último, de uma língua de natureza oral-auditiva<sup>780</sup>.

Verifica-se, de tal forma, que a educação voltada ao bilinguismo deverá ser valorada, já que para instigar o conhecimento da pessoa surda, esta contará com uma didática que incentive e auxilie o seu aprendizado, tanto da língua de sinais como do português, e sem o espaço educacional bilíngue não se atingiria tal objetivo.

## 2 A metodologia da *Gallaudet University*

A importância do ensino francês para a educação de Surdos é relatada por Stumpf<sup>781</sup> ao indicar que lá se originou a primeira escola para surdos, o *Institut National de Jeunes Sourds de Paris* - INJS<sup>782</sup>. Com a criação do

---

778 BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001**. 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

779 BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 4, de 02 de outubro de 2009**. 2009. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004\\_09.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf). Acesso em: 20 jul. 2017.

780 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania**. Rio de Janeiro: Walk, 2010. p. 72-73.

781 STUMPF, Marianne Rossi. Práticas de bilingüismo—relato de experiência. **ETD-Educação Temática Digital**. v. 7, n. 2, p. 282-291, 2006.

782 Instituto Nacional para Jovens Surdos.

Instituto, diversos estudiosos aprenderam o ensinamento voltado para as pessoas surdas e fundaram outras escolas como a *Gallaudet University*, que é exclusiva para surdos.

A *Gallaudet University*<sup>783</sup> iniciou-se em 1856 com a doação de terrenos para a criação de uma escola para surdos e cegos na região e, com o auxílio de Edward Miner Gallaudet, foi fundada a primeira escola americana para surdos. Embora principalmente voltada para estudantes surdos ou com redução auditiva, há alunos ouvintes que também podem optar entre os 40 cursos de bacharelado em artes e ciências.

A importância da *Gallaudet University* se encontra na inserção cultural da comunidade surda, pois como bem disponibilizado por eles, é vista como:<sup>784</sup> “[...] a primary resource for all things related to deaf people, including educational and career opportunities; open communication and visual learning; deaf history and culture; American Sign Language; and the impact of technology on the deaf community”<sup>785</sup>.

Bauman e Murray<sup>786</sup> expõem a importância da *Gallaudet University* por promover a busca do *Deaf-gain*<sup>787</sup>, que encontra conquistas no fator surdo desde o desenvolvimento da visão espacial e da cognição, dentre outros fatores. Outro ponto abordado é a realização de oficinas e a promoção de espaços culturais com estéticas voltadas para a cultura surda, os quais incentivaram o desenvolvimento de pesquisas sobre ambientes, desde a influência da luz no local à acessibilidade da visibilidade.

---

783 GALLAUDET UNIVERSITY. **History of Gallaudet University**. 2017. Disponível em: <https://www.gallaudet.edu/about/history-and-traditions>. Acesso em: 19 jul. 2017.

784 GALLAUDET UNIVERSITY. **History of Gallaudet University**. 2017. Disponível em: <https://www.gallaudet.edu/about/history-and-traditions>. Acesso em: 19 jul. 2017.

785 “[...] uma fonte primaria para todas as coisas relacionadas com pessoas surdas, incluindo oportunidades educacionais e profissionais, comunicação aberta e aprendizagem visual; história e cultura surda; Língua de Sinais Americana; e o impacto da tecnologia na comunidade surda.”

786 BAUMAN, H-dirksen L.; MURRAY, Joseph J.. Estudos surdos no século 21: “Deaf-gain” e o futuro da diversidade humana. In: ANDREIS-WITKOSKI, Silvia; FILIETAZ, Marta Rejane Proença (org.). **Educação de surdos em debate**. Curitiba: Ufpr, 2014. p. 67-92. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Janice\\_Temoteo/publication/277309775\\_A\\_importancia\\_do\\_novo\\_Deit-Libras\\_para\\_a\\_educacao\\_bilingue\\_da\\_crianca\\_surda\\_2014\\_p103-128/links/5566fdf808aec22682ffe9de.pdf#page=67](https://www.researchgate.net/profile/Janice_Temoteo/publication/277309775_A_importancia_do_novo_Deit-Libras_para_a_educacao_bilingue_da_crianca_surda_2014_p103-128/links/5566fdf808aec22682ffe9de.pdf#page=67). Acesso em: 19 jul. 2017.

787 Ganhos surdos.

A metodologia da universidade é diferenciada justamente por ser totalmente dedicada à cultura surda, instigando a inserção e assunção de seus alunos em papéis representativos na comunidade em que vivem enquanto respeitam e aceitam as características que moldam essa cultura única.

## Considerações finais

A Lei nº 10.436 de 2002 e a Lei nº 13.146 de 2015 vieram a crescer na vida e vivência do aprendizado da pessoa surda, incentivando-a para que tenha acesso ao ensino superior na graduação e possa, efetivamente, desenvolver-se e estudar em um ambiente no qual se sinta realmente integrada para o saber, devendo este ser acessível.

Para que a pessoa surda possa, realmente, crescer no âmbito acadêmico, a sua cultura, que é diferente da pessoa ouvinte, deverá ser observada em aspectos como: ao ter uma língua voltada para a configuração espaço-visual, o ambiente deverá ser adaptado a essa necessidade, bem como os professores terão de elaborar atividades adaptadas, além disso, para o desenvolvimento da comunicação na relação educando e educador, é necessário que este aprenda a Língua de Sinais Brasileira e não que aloque tal função ao intérprete.

Embora o intérprete da língua de sinais seja de fundamental importância para a interação entre a pessoa surda e a pessoa ouvinte que desconhece a Língua Brasileira de Sinais, conforme bem apresentado por Perlin<sup>788</sup>: “O ILS atua na intermediação cultural, atua na fronteira cultural das culturas ouvintes e surdas. Temos de reconhecer a identidade do ILS não como um processo de manipulação, mas como uma identidade política [...]”. Um intermediador entre educador e educando não é o ideal para que se desenvolva um viés comunicacional.

A inserção do intérprete da Língua Brasileira de Sinais deveria ser imprescindível somente nos casos em que há turmas nas quais uma parte dos alunos é surda e a outra parte é ouvinte, considerando que o professor não poderá falar e sinalizar ao mesmo tempo, sendo necessária a presença de um intérprete para facilitar o aprendizado.

---

788 PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p. 136-147, jun. 2006. p. 145.

Verifica-se, além disso, que não há resoluções recentes e, desta feita, não há qualquer normativo do nível mencionado em consonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou que venham a implementar o ensino superior da graduação dos estudantes brasileiros de forma mais condizente com o padrão atual.

A *Gallaudet University* se apresenta como um parâmetro para a implementação de um ensino superior inclusivo às necessidades da pessoa surda ao deter, no seu cerne, o ideal de proporcionar aos surdos um ambiente acadêmico no qual possam se desenvolver tanto os indivíduos como a cultura, podendo, portanto, ser uma influência considerável à academia brasileira.

Assim, apura-se que, mesmo com alterações significativas no alicerce legal para o ensino superior na graduação, há pouca produção que observa as necessidades inclusivas da pessoa surda, vindo, assim, a trazer direitos que não serão, total ou parcialmente, concretizados em decorrência da inexistência dessas determinações, bem como certas inobservâncias da cultura surda que podem vir a prejudicar o ensino dessas pessoas.

## Referências

BAUMAN, H-dirksen L.; MURRAY, Joseph J. Estudos surdos no século 21: “Deaf-gain” e o futuro da diversidade humana. *In*: ANDREIS-WITKOSKI, Silvia; FILIETAZ, Marta Rejane Proença (org.). **Educação de surdos em debate**. Curitiba: Ufpr, 2014. p. 67-92. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Janice\\_Temoteo/publication/277309775\\_A\\_importancia\\_do\\_novo\\_Deit-Libras\\_para\\_a\\_educacao\\_bilingue\\_da\\_crianca\\_surda\\_2014\\_p103-128/links/5566fdf808aec22682ffe9de.pdf#page=67](https://www.researchgate.net/profile/Janice_Temoteo/publication/277309775_A_importancia_do_novo_Deit-Libras_para_a_educacao_bilingue_da_crianca_surda_2014_p103-128/links/5566fdf808aec22682ffe9de.pdf#page=67). Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.

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. Brasília:

Luiz Inácio Lula da Silva, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm). Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011**. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Brasília: Dilma Rousseff, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm). Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Fernando Henrique Cardoso, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm). Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília: Fernando Henrique Cardoso, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10436.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm). Acesso em: 02 set. 2019.

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). Brasília: Dilma Rousseff, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Ministério da Educação (MEC)**. 2017. Disponível em: [http://www.servicos.gov.br/orgao/http-estruturaorganizacional-dados-gov-br-id-unidade-organizacional-244?pk\\_campaign=busca](http://www.servicos.gov.br/orgao/http-estruturaorganizacional-dados-gov-br-id-unidade-organizacional-244?pk_campaign=busca). Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer e resolução normativos sobre educação especial**. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12888-parecer-e-resolucao-normativos-sobre-educacao-especial>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001**. 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.



BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 4, de 02 de outubro de 2009**. 2009. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004\\_09.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf). Acesso em: 02 set. 2019.

BRANCO, Paulo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALLAUDET UNIVERSITY. **History of Gallaudet University**. 2017. Disponível em: <https://www.gallaudet.edu/about/history-and-traditions>. Acesso em: 02 set. 2019.

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.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2017. Acessível em: <http://www.ines.gov.br/conheca-o-ines>. Acesso em: 02 set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania**. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **ETD – Educação Temática Digital**. Número Temático: Educação de Surdos e Língua de Sinais. v. 7, n. 2, p. 136-147, dez/2006. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/etd/article/view/798/813>. Acesso em: 31 ago. 2019.

QUADROS, Ronice Müller de. Contextualização dos estudos linguísticos sobre a Libras no Brasil. *In*: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 15-36. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice\\_Muller\\_de\\_Quadros%2C\\_Marianne\\_Rossi\\_Stumpf%2C\\_Tarcisio\\_de\\_Arantes\\_Leite.\\_Estudos\\_da\\_](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite._Estudos_da_)

Lingua\_Brasileira\_de\_Sinais\_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 ago. 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA, Saulo Xavier de. Percepções da norma surda de tradução no Brasil: o caso do curso de Letras-Libras da UFSC. *In*: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 153-182. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice\\_Muller\\_de\\_Quadros%2C\\_Marianne\\_Rossi\\_Stumpf%2C\\_Tarcisio\\_de\\_Arantes\\_Leite.\\_Estudos\\_da\\_Lingua\\_Brasileira\\_de\\_Sinais\\_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite._Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 31 ago. 2019.

STUMPF, Marianne Rossi. Práticas de bilingüismo–relato de experiência. **ETD – Educação Temática Digital**. Número Temático: Educação de Surdos e Língua de Sinais. v. 7, n. 2, p. 282-291, dez/2006. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/etd/article/view/798/813>. Acesso em: 31 ago. 2019.

STUMPF, Marianne Rossi. Mudanças Estruturais para uma inclusão ética. *In*: QUADROS, Ronice Müller de (org.). **Estudos Surdos III**. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 14-29. Disponível em: [http://projetoedes.org/wp/wp-content/uploads/Quadros\\_Ronice\\_Estudos-surdos-III.pdf](http://projetoedes.org/wp/wp-content/uploads/Quadros_Ronice_Estudos-surdos-III.pdf). Acesso em: 31 ago. 2019.



