



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

VOLUME 17

Tema: Direitos Sociais nos 30 anos após a entrada em vigor da CRFB

Coordenadores

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Anna Ciammariconi

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Nikaelly Lopes de Freitas

Valdetário Monteiro Andrade



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Volume 17

Tema: Direitos Sociais nos 30 anos após a entrada
em vigor da CRFB

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
Anna Ciammariconi
(Coordenadores)

Bleine Queiroz Caúla
Nikaelly Lopes de Freitas
Valdetário Andrade Monteiro
(Organizadores)



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Volume 17

Tema: Direitos Sociais nos 30 anos após a entrada
em vigor da CRFB



Brasília – DF, 2021

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2021
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB – GRE
E-mail: oabeditora@oab.org.br

Revisão de ABNT: Bleine Queiroz Caúla e Nikaelly Lopes de Freitas
Revisão Gramatical: Francisco Hugo Farias de Freitas.

O Conselho Federal da OAB – por meio da OAB Editora – ressalta que as opiniões emitidas nesta publicação, em seu inteiro teor, são de responsabilidade dos seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Biblioteca Arx Tourinho)

D536

Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional : direitos sociais 30 anos após a entrada em vigor em CRFB / coordenador: Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Anna Ciammariconi ; organizador: Bleine Queiroz Caúla, Nikaelly Lopes de Freitas, Valdetário Andrade Monteiro – Brasília: OAB Editora, 2021.

v. 17

xx, 426 p.

ISBN: 978-65-5819-017-2.

1. Direito ambiental. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Internacional. 4. Direito comparado I. Miranda, Jorge, coord. II. Gomes, Carla Amado, coord. III. Ciammariconi, Anna, coord. IV. Caúla, Bleine Queiroz, org. V. Freitas, Nikaelly Lopes de, org. VI. Monteiro, Valdetário Andrade, org. VII. Título.

CDD: 341.347
CDU: 34:504(81)

Gestão 2019/2022

Diretoria

Felipe Santa Cruz
Luiz Viana Queiroz
José Alberto Simonetti
Ary Raghiant Neto
José Augusto Araújo de Noronha

Presidente
Vice-Presidente
Secretário-Geral
Secretário-Geral Adjunto
Diretor-Tesoureiro

Conselheiros Federais

AC: Cláudia Maria da Fontoura Messias Sabino; **AL:** Fernanda Marinela de Sousa Santos, Fernando Carlos Araújo de Paiva e Roberto Tavares Mendes Filho; **AP:** Alessandro de Jesus Uchôa de Brito, Felipe Sarmento Cordeiro e Helder José Freitas de Lima Ferreira; **AM:** Aniello Miranda Aufiero, Cláudia Alves Lopes Bernardino e José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral; **BA:** Carlos Alberto Medauar Reis, Daniela Lima de Andrade Borges e Luiz Viana Queiroz; **CE:** André Luiz de Souza Costa, Hélio das Chagas Leitão Neto e Marcelo Mota Gurgel do Amaral; **DF:** Daniela Rodrigues Teixeira, Francisco Queiroz Caputo Neto e Ticiano Figueiredo de Oliveira; **ES:** Jedson Marchesi Maioli, Luciana Mattar Vilela Nemer e Luiz Cláudio Silva Allemand; **GO:** Marcello Terto e Silva, Marivaldo Cortez Amado e Valentina Jungmann Cintra; **MA:** Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes, Charles Henrique Miguez Dias e Daniel Blume Pereira de Almeida; **MT:** Felipe Matheus de França Guerra, Joaquim Felipe Spadoni e Ulisses Rabaneda dos Santos; **MS:** Ary Raghiant Neto, Luís Cláudio Alves Pereira e Wander Medeiros Arena da Costa; **MG:** Antônio Fabrício de Matos Gonçalves, Bruno Reis de Figueiredo e Luciana Diniz Nepomuceno; **PA:** Afonso Marcius Vaz Lobato, Bruno Menezes Coelho de Souza e Jader Kahwage David; **PB:** Harrison Alexandre Targino, Odon Bezerra Cavalcanti Sobrinho e Rogério Magnus Varela Gonçalves; **PR:** Airtton Martins Molina, José Augusto Araújo de Noronha e Juliano José Breda; **PE:** Leonardo Accioly da Silva, Ronnie Preuss Duarte e Sílvia Márcia Nogueira; **PI:** Andreyra Lorena Santos Macêdo, Chico Couto de Noronha Pessoa e Geórgia Ferreira Martins Nunes; **RJ:** Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara e Marcelo Fontes Cesar de Oliveira; **RN:** Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Artêmio Jorge de Araújo Azevedo e Francisco Canindé Maia; **RS:** Cléa Anna Maria Carpi da Rocha, Rafael Braude Canterji e Renato da Costa Figueira; **RO:** Alex Souza de Moraes Sarkis, Andrey Cavalcante de Carvalho e Franciany D'Alessandra Dias de Paula; **RR:** Emerson Luis Delgado Gomes e Rodolpho César Maia de Moraes; **SC:** Fábio Jeremias de Souza, Paulo Marcondes Brincas e Sandra Krieger Gonçalves; **SP:** Alexandre Ogusuku, Guilherme Octávio Batochio e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró; **SE:** Adélia Moreira Pessoa, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO:** Antônio Pimentel Neto, Denise Rosa Santana Fonseca e Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale.

Conselheiros Federais Suplentes

AC: Luiz Saraiva Correia, João Tota Soares de Figueiredo Filho e Odilardo José Brito Marques; **AL:** Ana Kilza Santos Patriota, João Luís Lôbo Silva e Sergio Ludmer; **AP:** Emmanuel Dante Soares Pereira, Maurício Silva Pereira e Paola Julien Oliveira dos Santos; **AM:** Márcia Maria Cota do Álamo e Sergio Rodrigo Russo Vieira; **BA:** Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e Ubirajara Gondim de Brito Ávila; **CE:** Alcimor Aguiar Rocha Neto, André Rodrigues Parente e Leonardo Roberto Oliveira de Vasconcelos; **DF:** Raquel Bezerra Cândido, Rodrigo Badaró Almeida de Castro e Vilson Marcelo Malchow Vedana; **ES:** Carlos Magno Gonzaga Cardoso, Luiz Henrique Antunes Alochio e Ricardo Álvares da Silva Campos Júnior; **GO:** Dalmo Jacob do Amaral Júnior, Fernando de Paula Gomes Ferreira e Rafael Lara Martins; **MA:** Deborah Porto Cartágenes, João Batista Ericeira e Yuri Brito Corrêa; **MT:** Ana Carolina Naves Dias Barchet, Duilio Piatto Junior e José Carlos de Oliveira Guimarães Junior; **MS:** Afeifê Mohamad Hajj, Luiz Renê Gonçalves do Amaral e Vinícius Cameiro Monteiro Paiva; **MG:** Felipe Martins Pinto, Joel Gomes Moreira Filho e Róbison Divino Alves; **PA:** Luiz Sérgio Pinheiro Filho e Olavo Câmara de Oliveira Junior; **PB:** Marina Motta Benevides Gadelha, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito e Wilson Sales Belchior; **PR:** Artur Humberto Piancastelli, Flavio Pansieri e Graciela lurk Marins; **PE:** Ademar Rigueira Neto, Carlos Antônio Harten Filho e Graciele Pinheiro Lins Lima; **PI:** Raimundo de Araújo Silva Júnior, Shaymmon Emanuel Rodrigues de Moura Sousa e Thiago Anastácio Carcará; **RJ:** Eurico de Jesus Teles Neto; Flavio Diz Zveiter e Gabriel Francisco Leonardos; **RN:** Fernando Pinto de Araújo Neto e Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade; **RS:** Beatriz Maria Luchese Peruffó, Greice Fonseca Stocker e Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira; **RO:** Jeverson Leandro Costa, Juacy dos Santos Loura Júnior e Veralice Gonçalves de Souza Veris; **RR:** Bernardino Dias de Souza Cruz Neto, Dalva Maria Machado e Stélio Dener de

Souza Cruz; **SC:** José Sérgio da Silva Cristóvam, Sabine Mara Müller Souto e Tullio Cavallazzi Filho; **SP:** Alice Bianchini, Daniela Campos Liborio e Fernando Calza de Salles Freire; **SE:** Glícia Thaís Salmeron de Miranda, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar e Vítor Lisboa Oliveira; **TO:** Alessandro de Paula Canedo, Cabral Santos Gonçalves e Luiz Tadeu Guardiero Azevedo.

Ex-Presidentes

1. Levi Carneiro (1933/1938) **2.** Fernando de Melo Viana (1938/1944) **3.** Raul Fernandes (1944/1948) **4.** Augusto Pinto Lima (1948) **5.** Odilon de Andrade (1948/1950) **6.** Haroldo Valladão (1950/1952) **7.** Atílio Viváqua (1952/1954) **8.** Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) **9.** Nehemias Gueiros (1956/1958) **10.** Alcino de Paula Salazar (1958/1960) **11.** José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) **12.** Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) **13.** Themístocles M. Ferreira (1965) **14.** Alberto Barreto de Melo (1965/1967) **15.** Samuel Vital Duarte (1967/1969) **16.** Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) **17.** Membro Honorário Vitalício José Cavalcanti Neves (1971/1973) **18.** José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) **19.** Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) **20.** Raymundo Faoro (1977/1979) **21.** Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) **22.** Membro Honorário Vitalício J. Bernardo Cabral (1981/1983) **23.** Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) **24.** Hermann Assis Baeta (1985/1987) **25.** Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) **26.** Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) **27.** Membro Honorário Vitalício Marcello Lavenère Machado (1991/1993) **28.** Membro Honorário Vitalício José Roberto Batochio (1993/1995) **29.** Membro Honorário Vitalício Ernando Uchoa Lima (1995/1998) **30.** Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) **31.** Rubens Approbato Machado (2001/2004) **32.** Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) **33.** Membro Honorário Vitalício Raimundo Cezar Britto Aragão (2007/2010) **34.** Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) **35.** Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016) **36.** Membro Honorário Vitalício Claudio Pacheco Prates Lamachia (2016/2019).

Presidentes Seccionais

AC: Erick Venancio Lima do Nascimento; **AL:** Nivaldo Barbosa da Silva Junior; **AP:** Auriney Uchôa de Brito; **AM:** Marco Aurélio de Lima Choy (licenciado); Grace Anny Fonseca Benayon Zamperlini (em exercício: 1º.01.2021 a 31.12.2021); **BA:** Fabrício de Castro Oliveira; **CE:** José Erinaldo Dantas Filho; **DF:** Delio Fortes Lins e Silva Junior; **ES:** Jose Carlos Rizk Filho; **GO:** Lúcio Flávio Siqueira de Paiva; **MA:** Thiago Roberto Morais Diaz; **MT:** Leonardo Pio da Silva Campos; **MS:** Mansour Elias Karmouche; **MG:** Raimundo Candido Junior; **PA:** Alberto Antonio de Albuquerque Campos; **PB:** Paulo Antonio Maia e Silva; **PR:** Cassio Lisandro Telles; **PE:** Bruno de Albuquerque Baptista; **PI:** Celso Barros Coelho Neto; **RJ:** Luciano Bandeira Arantes; **RN:** Aldo de Medeiros Lima Filho; **RS:** Ricardo Ferreira Breier; **RO:** Elton Jose Assis; **RR:** Ednaldo Gomes Vidal; **SC:** Rafael de Assis Horn; **SP:** Caio Augusto Silva dos Santos; **SE:** Inácio José Krauss de Menezes; **TO:** Gedeon Batista Pitaluga Júnior.

Coordenação Nacional das Caixas de Assistências dos Advogados – CONCAD

Pedro Zanete Alfonsin	Coordenador Nacional
Aldenize Magalhães Aufiero	Coordenadora CONCAD Norte
Andreia de Araújo Silva	Coordenadora CONCAD Nordeste
Itallo Gustavo de Almeida Leite	Coordenadora CONCAD Centro-Oeste
Luis Ricardo Vasques Davanzo	Coordenador CONCAD Sudeste

Presidentes Caixas de Assistência dos Advogados

AC: Thiago Vinicius Gwozdź Poerch; **AL:** Ednaldo Maiorano de Lima; **AP:** Jorge José Anaica da Silva; **AM:** Aldenize Magalhães Aufiero; **BA:** Luiz Augusto R. de Azevedo Coutinho; **CE:** Luiz Sávio Aguiar Lima; **DF:** Eduardo Uchôa Athayde; **ES:** Aloisio Lira; **GO:** Rodolfo Otávio da Mota Oliveira; **MA:** Diego Carlos Sá dos Santos; **MT:** Itallo Gustavo de Almeida Leite; **MS:** José Armando Cerqueira Amado; **MG:** Luis Cláudio da Silva Chaves; **PA:** Francisco Rodrigues de Freitas; **PB:** Francisco de Assis Almeida e Silva; **PR:** Fabiano Augusto Piazza Baracat; **PE:** Fernando Jardim Ribeiro Lins; **PI:** Andreia de Araújo Silva; **RJ:** Ricardo Oliveira de Menezes; **RN:** Monalissa Dantas Alves da Silva; **RS:** Pedro Zanete Alfonsin; **RO:** Elton Sadi Fulber; **RR:** Ronald Rossi Ferreira; **SC:** Claudia Prudencio; **SP:** Luis Ricardo Vasques Davanzo; **SE:** Hermosa Maria Soares França; **TO:** Sergio Rodrigo do Vale.

Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados – FIDA

Felipe Samento Cordeiro	Presidente
Gedeon Batista Pitaluga Júnior	Vice-Presidente
Andreia Araújo Silva	Secretária Geral
José Augusto Araújo de Noronha	Representante da Diretoria

Membros

Alberto Antonio Albuquerque Campos
Aldenize Magalhães Aufiero
Itallo Gustavo de Almeida Leite
Luciana Mattar Vilela Nemer
Luis Ricardo Vasques Davanzo
Paulo Marcondes Brincas
Pedro Zanette Alfonsin
Sílvia Marcia Nogueira
Thiago Roberto Morais Diaz
Afeife Mohamad Hajj
Lucio Flávio Siqueira de Paiva
Monalissa Dantas Alves da Silva
Nivaldo Barbosa da Silva Junior
Raquel Bezerra Cândido

ESA Nacional

Ronnie Preuss Duarte	Diretor-Geral
Luis Cláudio Alves Pereira	Vice-Diretor

Conselho Consultivo:

Alcimor Aguiar Rocha Neto
Auriney Uchôa de Brito
Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos
Cristina Sílvia Alves Lourenço
Delmiro Dantas Campos Neto
Graciela Iurk Marins
Henrique de Almeida Ávila
Luciana Christina Guimarães Lóssio
Igor Clem Souza Soares
Paulo Raimundo Lima Ralin
Thais Bandeira Oliveira Passos

Diretores (as) das Escolas Superiores de Advocacia da OAB

AC: Renato Augusto Fernandes Cabral Ferreira; **AL:** Henrique Correia Vasconcellos; **AM:** Ida Marcia Benayon de Carvalho; **AP:** Verena Lúcia Corecha da Costa; **BA:** Thais Bandeira Oliveira Passos; **CE:** Andrei Barbosa Aguiar; **DF:** Fabiano Jantalia Barbosa; **ES:** Alexandre Zamprognio; **GO:** Rafael Lara Martins; **MA:** Antonio de Moraes Rêgo Gaspar; **MT:** Bruno Devesa Cintra; **MS:** Ricardo Souza Pereira; **MG:** Silvana Lourenco Lobo; **PA:** Luciana Neves Gluck Paul; **PB:** Diego Cabral Miranda; **PR:** Adriana D'Avila Oliveira; **PE:** Mario Bandeira Guimarães Neto; **PI:** Aurelio Lobao Lopes; **RJ:** Sergio Coelho e Silva Pereira; **RN:** Daniel Ramos Dantas; **RS:** Rosângela Maria Herzer dos Santos; **RO:** Jose Vitor Costa Junior; **RR:** Caroline Coelho Cattaneo; **SC:** Marcus Vinicius Motter Borges; **SP:** Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho; **SE:** Kleidson Nascimento dos Santos; **TO:** Guilherme Augusto Martins Santos.

Presidente Executivo da OAB Editora

José Roberto de Castro Neves

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
Roberta Teles Cardoso – Universidade de Fortaleza
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.

Anna Ciammariconi

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Teramo.

Organizadores

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. Mediadora e Conciliadora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. 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: <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Nikaelly Lopes de Freitas

Mestranda em Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Pós-graduanda em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do corpo editorial da Revista Dizer. Advogada. E-mail: nikaelly_lopes@hotmail.com.

Valdetário Andrade Monteiro

Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2002). Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário Procurador do Conselho Federal da OAB para os tribunais superiores, como sendo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior

Eleitoral e Superior Tribunal Militar. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Presidente da Academia Cearense de Letras Jurídicas - ACLJUR. Ex-Presidente da OAB Ceara por dois mandatos consecutivos (2010/2012-2013/2015). Advogado empresarial, com especial atuação em Direito Privado.

Autores

Alexsandro Rahbani Feijó
Aline Damasceno Barbosa
Aline de Almeida Silva Sousa
Ana Isadora Ferreira de Araújo
Ana Paula Araújo de Holanda
Ângela Issa Haonat
Bleine Queiroz Caúla
Carla Teresa Medeiros dos Anjos
Claysson Fidêncio Silva
Dayse Braga Martins
Débora de Freitas Palhares
Deilton Ribeiro Brasil
Elizeide Santiago Martins
Emanuelle Coelho de Souto
Fabrício Veiga Costa
Fernanda Duarte Ferreira Freitas
Genaro Lopes Honori Guilarducci
Henrique França Aragão Dias
Hilanna Karine Gomes Fossile
Iuri Boklage Mendes
Karine Menezes Rocha
Letícia Mirelli Faleiro e Silva
Luana de Aguiar Cavalcante
Lucas Matos da Silva
Marcus Vinícius Parente Rebouças
Maria Laura Vargas Cabral
Mônica Teresa Costa Sousa
Natália Zomer Righetto
Simone Hegele Bolson

Diálogo Ambiental Constitucional Internacional, v. 17
Tema: Direitos Sociais 30 anos após a entrada em vigor da CRFB

Sócrates Costa Oliveira
Tainah Simões Sales
Tallyta Cilene Santos Leite
Valeska Alves Araújo Silva

Apresentação

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky*

É com muito entusiasmo que apresento a obra *Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional - Tema: "Direitos Sociais nos 30 anos após a entrada em vigor da CRFB – Volume 17"*, coordenada pelos nobres colegas advogados Jorge Miranda, Carla Amado Gomes e Anna Ciammariconi; e organizada por Bleine Queiroz Caúla, Nikaelly Lopes de Freitas e Valdetário Andrade Monteiro, cujas trajetórias irretocáveis nos quadros da advocacia brasileira, atuando sempre em prol da Ciência, da Justiça e da sociedade civil.

O presente livro reflete sobre os principais dilemas constitucionais que atravessam as questões ambientais a nível nacional e internacional, tais como os danos ambientais, desastres ambientais minerais, os desafios da descarbonização, a eficácia do tombamento do patrimônio histórico e cultural, os direitos da natureza, dentre outros temas de fundamental importância em um contexto global de agravamento das condições climáticas.

Fruto das discussões travadas pelo projeto acadêmico Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional – DACI, cujo compromisso ético e político é promover pesquisas científicas pertinentes às necessidades atuais da humanidade. Sabemos a relevância da pesquisa jurídica qualificada para que nosso País seja capaz de pensar o Direito e, assim, formular políticas públicas eficazes, permitindo que reencontremos o caminho do desenvolvimento e da superação das nossas enormes desigualdades sociais e regionais. Por isso, a defesa do “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, CF/88) e da

* Advogado e Presidente do Conselho Federal da OAB.

segurança jurídica são fundamentais para a efetivação da Democracia, nos termos dispostos em nossa Constituição Federal de 1988.

Diante dessas razões, não se pode deixar de congratular os autores pela generosa contribuição a um dos debates mais urgentes da humanidade: a luta pela sobrevivência no planeta Terra, destacando também o admirável trabalho de organização desta coletânea, cuja publicação reafirma o compromisso estatutário da OAB com o aperfeiçoamento da cultura jurídica no País e com a defesa do Estado Democrático de Direito. Trata-se, ademais, de uma forma de reiterar a crença na ciência, na produção teórica e no diálogo horizontal como meios de promover o pleno desenvolvimento humano.

Prefacio

Fernando González Botija*

Es para mí un gran honor poder escribir este Prefacio gracias a la generosa invitación que me ha realizado la profesora Bleine Queiroz Caúla.

El lector tiene en sus manos el Volumen 17 del Dialogo ambiental constitucional internacional dedicado a los 30 años de Derechos sociales después de la entrada en vigor de la CRFB.

Me gustaría empezar destacando que este volumen reúne un amplio conjunto de reputados especialistas en la materia que dotan, como es habitual en las publicaciones que han recogido los sucesivos Diálogos, del máximo nivel a los estudios jurídicos que forman parte de estas obras. Hay que hacer hincapié en que los organizadores siempre han cuidado con detalle la extraordinaria calidad académica y profesional de los participantes cuyas aportaciones, sin el menor género de dudas, cubrirán las expectativas de todos aquellos que se interesan en estas materias.

Conviene apuntar, en primer lugar, la enorme relevancia del tema protagonista de esta edición: los siempre polémicos derechos sociales constitucionales. Hay que alabar la elección de esta temática, auténtico Talón de Aquiles de los textos constitucionales en todo el mundo. Siempre han sido y son el centro de un debate interminable consistente en saber cómo hacerlos realidad efectiva y qué peso jurídico hay que darlos. La vivienda (cuya importancia nos recordaba en su tesis doctoral leída en España la reputada profesora Mariza Rios, gran conocedora de esta problemática en Brasil), la salud, el medio ambiente, la asistencia social, etc, son derechos ganados tras un gran sufrimiento social y sin los cuales la libertad y la dignidad de la persona nunca son reales y efectivas. Y es que no puede hablarse de una vida

* Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid.

digna si el individuo no goza de estos derechos que, por desgracia, conllevan una evidente complejidad derivada de las inmensas dificultades que generan al tratar de llevarlos a la práctica (normalmente por la falta de recursos económicos públicos) y al intentar garantizar su cumplimiento por vía judicial frente a la inactividad administrativa (ya que, cómo se consigue que un juez otorgue una vivienda digna al que la ha reclamado al Estado y no ha encontrado una respuesta positiva). Desde luego que la lucha por los derechos sociales nos lleva a la lucha por lo que podríamos llamar la “Constitución jurídicamente adecuada”, parafraseando el título de la obra, cuya lectura recomiendo, del excelente jurista brasileño Márcio Luís de Oliveira, quien comienza su libro recordando que el mayor legado jurídico-cívico del constitucionalismo occidental son los derechos, garantías y deberes fundamentales individuales y colectivos.

Desde el plano formal resulta muy acertada la estructura del presente libro que se articula a modo de un tríptico al estar dividida en tres grandes bloques: ambiental, constitucional e internacional.

Comenzando con la dimensión ambiental hay que hacer hincapié en que los estudios medioambientales tienen cada vez más relevancia tanto en Iberoamérica como en Europa. La situación mundial da buena prueba de esta necesidad. Las amenazas derivadas del cambio climático y de la actual pandemia constituyen una triste confirmación de la necesidad, ya no sólo de estudiar, sino de concienciar a las nuevas generaciones sobre lo importante que es la protección del medio ambiente, especialmente desde el momento en que la humanidad se ha visto inmersa en una revolución industrial, agrícola y tecnológica cada vez más agresiva, que parece tener como primera víctima a los recursos naturales. Si agredimos a la naturaleza, sin lugar a dudas, ella se defenderá devolviéndonos el golpe con un efecto multiplicativo. Los dos aspectos apuntados arriba (cambio climático y pandemia) son un buen, triste y presente ejemplo de ello.

Dentro de una filosofía favorable al medio ambiente, el libro aborda temas clásicos y de gran interés medioambiental. Así se trata el problema de los daños ambientales al abordar los impactos negativos, aplicado al caso de “Loteamiento Belvedere III” en Belo Horizonte y los desastres medioambientales derivados de la producción minera. Estos últimos, como es bien sabido por los conocedores de los recursos mineros, son bastantes graves como hemos tenido ocasión de padecer en España con el caso Boliden. Igualmente se afronta la problemática de los desafíos de la descarbonización y el valor normativo del acuerdo de París en el contexto de la postpandemia. Se nos introduce así en cuestiones de máxima relevancia, como la transición energética, pudiéndose invitar desde aquí a seguir las investigaciones que desde la prestigiosa Universidad de Yale realiza la excelente Doctora Cláudia Ribeiro Pereira Nunes. Dicha transición está generando un gran debate en Europa en general y en España en particular. No menos espinoso es el asunto de los límites del valor jurídico de unos textos que permiten plantearnos si no se debería recuperar una visión o perspectiva realmente jurídica de los problemas ambientales, tratando de no acabar cayendo en un atractivo pero, en ocasiones, pernicioso soft law. Se finaliza este capítulo con la conexión del tema ambiental con el relativo a la protección del patrimonio histórico centrado en el caso del Palacete São Cornélio no Rio de Janeiro. Demuestran los autores que la dimensión medioambientalista puede contemplarse desde una visión amplia que no se ciña exclusivamente al recurso estrictamente natural. Buena muestra de ello ha aportado la brillante Doctora por nuestra Universidad Cláudia Furquim do Amaral con sus estudios y experiencia profesional sobre el urbanismo y su afectación al medio ambiente.

En segundo lugar hay que subrayar que el libro se sumerge en el ámbito constitucional con especial atención a los derechos fundamentales desde diversas facetas relativas al registro civil de las personas naturales, la dimensión de la legitimación activa en la defensa de los derechos individuales en el acceso a la salud pública, los

precedentes judiciales y la razonable duración del proceso, temas que nos permiten entroncar con el siempre capital derecho a la tutela judicial efectiva, sin la cual no existe un verdadero Estado de Derecho. Desearía resaltar en especial el tema de la importancia de la utilización de los mecanismos democráticos de participación directa popular en estos 30 años de Constitución. Desde luego aquí la experiencia brasileña debe ser siempre vista con atención en este terreno por todo lo que puede aportar. Recuérdese por ejemplo el tema del presupuesto participativo. Por otro lado, no debemos olvidar que la polémica sobre el papel de la democracia representativa frente a la democracia directa tradicionalmente ha sido uno de los aspectos que más han marcado el debate sobre la crítica a las actuales democracias. Por desgracia están levantadas sobre el aparataje de unos partidos políticos que se comportan más como grupos de interés y presión autodefensores de sí mismos, que como verdaderos vicarios en la búsqueda del interés general. Todo ello nos lleva al plano de la filosofía política sobre los límites y defectos de la democracia como base esencial de los actuales sistemas constitucionales. Por último, no menos interés presentan los trabajos dedicados a las mutaciones constitucionales, materia largamente objeto de atención por parte de los constitucionalistas y que tocan una realidad más habitual de lo debido, como hemos señalado antes, que afecta a los derechos sociales en la medida en que el texto de la constitución se muda de facto, desgraciadamente, a veces en detrimento de los valores constitucionales y rara vez para ir más allá de lo que se pretendía en un primer momento.

Finalmente, la dimensión Internacional de la obra nos ofrece un elenco de trabajos, también en gran medida conectados con el medio ambiente, que atraerán sin duda al lector por su gran actualidad y atractivo jurídico. Hay que empezar destacando el capítulo dedicado a los derechos de la naturaleza en Ecuador y Bolivia, que se presentan con el signo de interrogación referido a si son experiencias más simbólicas que normativas. Pese a ese interrogante, nos permiten

plantearnos con seriedad si no nos estamos olvidando que la Naturaleza, con mayúsculas, es el verdadero sujeto protagonista de nuestra supervivencia y sin la cual no tenemos ni futuro ni esperanza alguna. En este marco medioambientalista igualmente han de recordarse los trabajos sobre la protección ambiental y la criminalización de los daños ambientales y la contribución nacionalmente determinada y los Acuerdos de París. Todo esto no debe hacernos olvidar los relevantes estudios sobre la uniformización del comercio internacional y la desgraciada guerra de Siria. Este último nos sumerge en el eterno debate sobre cómo los conflictos actuales ponen una vez más en cuestión el ordenamiento jurídico internacional y la aplicabilidad del Derecho humanitario.

Pasando ya al capítulo de agradecimientos hay que reconocer, desde luego, los esfuerzos que se están haciendo desde Brasil en potenciar este tipo de investigaciones. Esfuerzos que, sin lugar a dudas, están principalmente encarnados en la notable e infatigable labor que desde hace ya varios años realiza la Doctora en Derecho, profesora medioambientalista y Coordinadora Científica del Seminario Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, Bleine Queiroz Caúla, a quien desde aquí quiero reiterar una vez más toda nuestra estima por su trabajo, vocación y dedicación, que siempre constituyen un ejemplo a seguir.

Para finalizar querría aprovechar estas líneas para destacar que la Universidad Complutense de Madrid y su Facultad de Derecho han tenido la fortuna de poder disfrutar de una colaboración extraordinariamente fructífera con un importante elenco de juristas brasileños que han permitido enriquecer considerablemente la dimensión internacional de nuestra Universidad. Así hemos sido sede de varios encuentros jurídicos, debiendo destacar en especial por su conexión con la presente obra, los Diálogos medioambientales del año 2019. La hubiera sido también durante 2020, pero la actual pandemia lo ha hecho imposible. Con todo esperamos que una vez que pase esta emergencia sanitaria podamos retomar un encuentro que supone, sin

duda, un enriquecimiento mutuo extraordinario y que continuaremos con ilusión los años venideros. Esperamos poder transmitir a la siguiente generación de investigadores latinoamericanos que nos sustituya un legado científico del más alto nivel, del cual es buen ejemplo esta obra que he tenido el inmenso placer de poder prologar.

Sumário

AMBIENTAL

Dano ambiental: impactos negativos decorrentes da relação entre sociedade e meio ambiente – estudo de caso do Loteamento Belvedere III em Belo Horizonte 3

Deilton Ribeiro Brasil

Genaro Lopes Honori Guillarducci

Claysson Fidêncio Silva

Olhos de lince sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais..... 31

Bleine Queiroz Caúla

Emanuelle Coelho de Souto

Karine Menezes Rocha

Limites planetários e os desafios da descarbonização: as perspectivas da “força normativa” do Acordo de Paris no Pós-Pandemia da COVID-19..... 65

Aline Damasceno Barbosa

Bleine Queiroz Caúla

Elizeide Santiago Martins

A eficácia do tombamento do patrimônio histórico e cultural à luz do Direito Ambiental: Palacete São Cornélio no Rio de Janeiro..... 99

Iuri Boklage Mendes

CONSTITUCIONAL

A proteção dos direitos fundamentais no Registro Civil das Pessoas Naturais..... 127

Deilton Ribeiro Brasil

Débora de Freitas Palhares

Maria Laura Vargas Cabral

Legitimidade Ativa do Ministério Público na defesa dos direitos individuais ao acesso à saúde pública..... 163

Ana Isadora Ferreira de Araújo

Henrique França Aragão Dias

Precedentes Judiciais, a razoável duração do processo e a eficiência do Poder Judiciário: uma análise da teoria no CPC/2015 à luz da Constituição brasileira 183

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Mônica Teresa Costa Sousa

Tallyta Cilene Santos Leite

Os atuais paradigmas da Teoria do Conflito no neoprocessualismo civil e as técnicas autocompositivas de solução de conflitos..... 207

Dayse Braga Martins

Luana de Aguiar Cavalcante

A importância da utilização dos mecanismos democráticos de participação direta popular ao longo dos 30 anos da CRFB/1988 233

Hilanna Karine Gomes Fossile

Marcus Vinícius Parente Rebouças

O papel do intérprete e os problemas dos limites da mutação (in)constitucional: as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 como exemplos de mutações inconstitucionais 257

Lucas Matos da Silva

Tainah Simões Sales

A metamorfose conceitual de serviço na Constituição Balzaquiana: o ISS desde 1988, observado a partir do fenômeno das mutações constitucionais 279

Fernanda Duarte Ferreira Freitas

Sócrates Costa Oliveira

INTERNACIONAL

Sobre os Direitos da Natureza no Equador e na Bolívia: experiências mais simbólicas do que normativas? 303

Aline de Almeida Silva Sousa

Conflitos existentes no ordenamento jurídico internacional e a aplicabilidade do Direito Humanitário: uma análise do conflito na Síria 327

Fabrcio Veiga Costa

Letícia Mirelli Faleiro e Silva

Tribunal Penal Internacional e a proteção ambiental: a criminalização dos danos ambientais.....	351
Carla Teresa Medeiros dos Anjos	
Mônica Teresa Costa Sousa	
Alexsandro Rahbani Aragão Feijó	
A uniformização atual do comércio internacional através da CISG: comparativo entre Brasil e Portugal.....	379
Valeska Alves Araújo Silva	
Natália Zomer Righetto	
Ana Paula Araújo de Holanda	
O Acordo de Paris e a Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) sobre o desmatamento: a omissão do Estado brasileiro com o Cerrado.....	401
Simone Hegele Bolson	
Ângela Issa Haonat	
Posfácio	425



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Ambiental

Dano ambiental: impactos negativos decorrentes da relação entre sociedade e meio ambiente – estudo de caso do Loteamento Belvedere III em Belo Horizonte

Environmental damage: negative impacts resulting from the relationship between society and environment: case study of Belvedere iii Allotment in Belo Horizonte

Deilton Ribeiro Brasil*

Genaro Lopes Honori Guillarducci*

Claysson Fidêncio Silva*

Resumo: Diversos empreendimentos imobiliários são desenvolvidos sem considerar seu impacto ambiental indireto. Muitas vezes os instrumentos de controle e fiscalização ambiental não conseguem identificar possíveis situações de impactos indiretos, não sendo eficazes para a preservação ambiental. Ocorrem situações em que os estudos de impacto ambiental, por falta de uma gestão ambiental, não incorporam os resultados do empreendimento finalizado. Este trabalho pretende analisar através de estudos do caso do loteamento Belvedere III em Belo Horizonte, o resultado da externalidade ambiental e do dano ambiental, direto e indireto, e suas consequências jurídicas. A relação entre sociedade e meio ambiente e os impactos ambientais dos empreendimentos imobiliários. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-

* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG e das Faculdades Santo Agostinho – FASASETE.

* Mestrando do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-graduado em Gestão Empresarial pelo IETEC. Advogado.

* Mestrando do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-graduado em Direito de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

dedutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Direito ambiental. Dano ambiental. Meio ambiente. Empreendimentos imobiliários. Loteamento urbano.

Abstract: Several real estate ventures are developed without regard to their indirect environmental impact. Often the instruments of environmental control and inspection cannot identify possible situations of indirect impacts and are not effective for environmental preservation. There are situations, in which environmental impact studies, due to lack of environmental management, do not incorporate the results of the completed project. This study intends to analyze, through studies of the Belvedere III allotment case in Belo Horizonte, the result of environmental externality and environmental damage, direct and indirect, and its legal consequences. The relationship between society and environment and the environmental impacts of real estate projects. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by descriptive-deductive method, which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords: Environmental law. Environmental damage. Environment. Real estate ventures. Urban allotments.

Introdução

A Constituição Federal de 1988¹ estabelece em seu artigo 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Esse seria o princípio da sustentabilidade. Diante dos reflexos da atual crise civilizacional sobre o meio ambiente decorrentes das opções de

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

desenvolvimento econômico tomadas pelo homem, surge uma crescente preocupação de que as mudanças globais podem ter como efeito a redução, ou a extinção, dos recursos naturais, trazendo conseqüentemente desastres ambientais e conflitos.

Considerando que poder público e a coletividade são os agentes passivos e ativos sobre os quais recaem os deveres de preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras, como determinar a parcela de responsabilidade de cada qual? Como estabelecer o nexo de causalidade entre a ação desses partícipes da sociedade brasileira e os eventuais danos causados à natureza?

O artigo pretende analisar como o direito, sendo ferramenta de proteção ambiental, pode definir essa tutela de proteção da natureza. Além disso, discute-se como os impactos ambientais podem ser avaliados, relacionados e de que forma os danos ambientais podem ser punidos. O objetivo geral do artigo é estudar e analisar as externalidades ambientais e suas influências jurídica, econômica e social. Como objetivo específico será analisado o caso do loteamento Belvedere III em Belo horizonte, as externalidades desses empreendimentos com o meio ambiente, e as conseqüências jurídicas e sociais resultantes dessa relação.

Para investigar essa questão será utilizado o método dedutivo e estudo de caso, analisando as possíveis aplicações de normas de proteção ambiental ante ao princípio do poluidor pagador. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros.

Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da

legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

1 A Sociedade de Risco e o papel do Direito na concretude da proteção do meio ambiente ecologicamente saudável

A nova realidade da sociedade de risco reflete-se também na crise de valores pelo que passa a vida do homem que sofre diante da falta de referência. Nesse aspecto de crise de valores e crise dos valores das relações interpessoais, define a nossa sociedade como uma sociedade que está permeada de relações líquidas, de valores fluidos². Sob outra perspectiva, a sociedade técnica encontra-se, assim, confrontada consigo mesma através dos riscos que são historicamente o resultado do progresso civilizacional, os riscos correspondentes ao estágio de desenvolvimento produtivo em que se encontra³.

Para Ulrich Beck⁴ a sociedade de risco mundial é uma formação social na qual os efeitos secundários aceites e acumulados de milhares de milhões de ações habituais tornaram obsoletas as instituições políticas e sociais existentes. Na metamorfose que se tornou temática com a sociedade de risco mundial, os efeitos secundários da ação passada, que se tornaram os efeitos principais, permearam a sociedade como um todo de tal maneira que estão a criar uma conscientização crescente de que a narrativa da controlabilidade do mundo se tornou ficcional. Neste contexto, a sociedade pós-moderna produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial. A sociedade de risco revela-se, portanto, um modelo teórico que marca

² BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

³ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 91.

⁴ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 68.

a falência da modernidade, emergindo de um período pós-moderno, à medida que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma⁵.

É fato que a degradação ambiental não escolhe suas vítimas, todos acabam sofrendo com seus efeitos. Todavia, uns mais que outros. O que vai fazer diferença no nível de afetação é o poder econômico, uma vez que pessoas com menor poder aquisitivo acabam fixando moradia em locais com menos área verde, mais próxima a áreas industriais e com infraestrutura inadequada, ao tempo em que pessoas que possuem mais condições financeiras irão se instalar em um local ao oposto deste, ocasionando uma denominada exclusão ambiental^{6,7}.

Uma vez verificado o aumento do desenvolvimento e do consumo potencializado pela sociedade pós-industrial, pode-se dizer que inúmeras foram as consequências verificadas, dentre as quais é possível assinalar, inclusive, o crescente registro de danos que surgiram como subjacentes dessas condutas tecnológicas e científicas. Tem-se que os danos precisaram ser reavaliados ao longo do tempo, uma vez que deixaram de se limitar às conhecidas catástrofes naturais para se tornarem resultantes de atividades humanas, cujos efeitos muitas vezes permanecem desconhecidos em sua totalidade⁸.

⁵ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 15.

⁶ JACOBS, Michael. O meio ambiente, a modernidade e a terceira via. *In*: GIDDENS, Anthony (org.). **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: UNESP, 2007. p. 453-457.

⁷ ZANINI, Cristiane; WINCKLER, Silvana Terezinha. A teoria do risco em Anthony Giddens e a jurisprudência do STJ e STF. *In*: **21º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito Por um Planeta Verde, 2016. p. 505.

⁸ BALBINO, Thamara Estéfane Martins; BRASIL, Deilton Ribeiro. A dimensão intergeracional e a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras: reflexões sobre a crise ambiental. *In*: COSTA, André de Abreu; COSTA, Fabrício Veiga (org.). **Proposições reflexivas sobre democracia e direitos fundamentais na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Vorto, 2018. p. 137-138.

O direito tem, portanto, uma função de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido pelo desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e resposta a estes. A ênfase desta estrutura normativa deve ser eminente preventiva, mediante a imposição de estratégias estruturais (obras de engenharia civil combinados com serviços ecossistêmicos) e não estruturais (mapas de risco, planos de contingência, planos diretores, estudos de impacto ambiental). Com frequência, os desastres são eventos repentinos e dinâmicos, dificultando não apenas a nitidez da importância e da função do Direito nestes eventos, como também dificultando a própria operacionalidade deste no enfrentamento de situações extremas⁹.

Susana Borràs Pentinat defende que o princípio em *dubio pro natura* é um princípio que é inserido e desenvolvido, atualmente, na legislação de vários países da América Latina. Este princípio expressa uma compreensão específica do princípio da precaução, que, através de sua aplicação é permitida para dar o benefício da dúvida ao ambiente, isto é em caso de dúvida, a favor da natureza. Então, diante de qualquer incerteza deve ser resolvido em favor de maior proteção e conservação da natureza¹⁰.

2 Interfaces entre desenvolvimento sustentável e atividade econômica: alguns conceitos necessários

Ações humanas, tanto no presente quanto no passado, têm gerado grandes danos ambientais, tais como, doenças, poluição ou

⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2015. p. 42.

¹⁰ PENTINAT, Susana Borràs. In *dubio pro natura*: un principio transformador del derecho ambiental en América Latina. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; BORRÀS, Susana (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 6.

contaminação, chuva ácida, destruição progressiva da camada de ozônio, efeito estufa, erosão e outras consequências que culminam com a extinção das espécies animais e declínio da qualidade ambiental.

Considerando que o meio ambiente, abrange toda a natureza original e artificial, sendo a interação de conjuntos de elementos naturais e culturais que proporcionam o desenvolvimento equilibrado da vida de todas as formas, cumpre ao Estado a sua tutela, para desenvolver normas e controle de uso e exploração dos recursos naturais e aplicar sanções¹¹.

Édis Milaré¹² ainda afirma que a Constituição Federal de 1988 “ao proclamar o meio ambiente como bem de uso comum do povo, foi reconhecido a sua natureza de direito público subjetivo, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado”. Ou seja, a proteção ao meio ambiente passa a ser pressuposto para o atendimento do direito fundamental à vida.

Ainda segundo José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior¹³, o tratamento do meio ambiente no direito brasileiro possui contornos especiais. O meio ambiente no Brasil, ainda que considerado bem de uso comum do povo e patrimônio nacional, está sujeito a interferências jurídicas, políticas e científicas internacionais. E acrescenta ainda que vinculado ao direito individual à vida, o artigo 225 possui intensidade subjetiva, conferindo a todos a possibilidade de requerer a tutela estatal em situações de conflito¹⁴. E finaliza argumentando

[...] ordenamento jurídico brasileiro não versa mais apenas sobre a proteção de elementos (recursos) naturais

¹¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 143-144.

¹² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 144.

¹³ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 79-80.

¹⁴ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 81.

isoladamente. Considera-se um elemento natural em sua integração com os demais, tornando-se imprescindível a perspectiva de processos de recuperação, conservação e melhorias do meio ambiente assentados na interdependência de seus componentes¹⁵.

Nesse contexto, Édis Milaré¹⁶ indica que o Direito do Ambiente, tem na mira a elaboração e o fornecimento de regras eficazes para disciplinar as relações da sociedade com o meio natural, ressaltando-se que o ser humano é, igualmente, parte desse meio. E afirma que o direito do ambiente é um complexo de princípios e normas reguladoras da atividade humana, para conservar a vitalidade, a diversidade e a capacidade de suporte do planeta, para usufruto dos presentes e futuras gerações.

Podemos ainda afirmar que o direito ambiental é direito público, uma vez que cabe ao Estado a regulação do direito, sendo que o interesse protegido é difuso (coletivo), e desse modo trata-se de direitos humanos de terceira geração.

Nesse sentido,

Indubitavelmente os princípios ambientais encontrados na Constituição estão voltados para a finalidade básica de proteção à vida, em qualquer forma que se apresente, e a garantia de um padrão de existência digno para os seres humanos destas e das futuras gerações, conciliando o desenvolvimento econômico e industrial com sua viabilidade ambiental, isto é, com o desenvolvimento sustentável¹⁷.

¹⁵ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 96.

¹⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 793;815.

¹⁷ ALBERGARIA, Bruno. **Direito ambiental e responsabilidade civil das empresas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 94.

Percebemos assim que o direito ambiental é Direito Humano Fundamental, e noutro ponto, continua o mesmo autor:

[...] os principais princípios insertos na Constituição são a inserção do direito ambiental como direito fundamental, a supremacia do interesse público e da indisponibilidade do bem ambiental, a intervenção estatal obrigatória, a prevenção, a precaução com a necessidade de estudo de impacto ambiental, o desenvolvimento sustentável, a educação ambiental, a responsabilização pelo dano ambiental ou princípio poluidor-pagador e usuário pagador e, finalmente, o risco ambiental¹⁸.

A tutela ambiental está pautada em princípios jurídicos,¹⁹ e cuja atuação no Direito Ambiental ocorre de forma preventiva, reduzindo ou eliminando a ocorrência de danos ambientais, ou de modo repressivo, quando foram consumados os efeitos negativos sobre o meio ambiente, caso em que devem ser aplicadas as sanções cabíveis ao agente causador do dano.

O direito ambiental se utiliza desses princípios para dirimir conflitos de interesses que normalmente envolvem desenvolvimento econômico e tutela ambiental. É o que se observa com a aplicação do princípio da Precaução e Prevenção, com a finalidade de impedir instalação de obras ou atividades sem o conhecimento prévio dos riscos que podem causar sobre o meio ambiente e à comunidade ao seu redor, e com a observância ao princípio do Poluidor pagador e da Reparação integral, onde o órgão ambiental aplica medidas sancionatórias cíveis, administrativas e criminais na ocorrência dos danos ambientais.

¹⁸ ALBERGARIA, Bruno. **Direito ambiental e responsabilidade civil das empresas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 95.

¹⁹ Normas que fundamentam o ordenamento jurídico. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

Assim, através do SISNAMA²⁰, se instituiu as regras para uso e exploração dos recursos naturais, assim como definiu os órgãos de proteção ambiental (CONAMA, IBAMA, MMA), elaborando relatórios sobre o desenvolvimento ambiental e criando planos de ação (agenda).

Sendo assim, considerando que as organizações que se utilizam dos recursos naturais devem se submeter as regras aos órgãos ambientais, caso as mesmas venham a utilizar de forma irregular tais recursos, ou mesmo estas danifiquem o meio ambiente, são submetidas a sanções determinadas por estes órgãos, além responderem processualmente.

Neste diapasão, para responsabilizar os agentes que atuam de forma irregular ou que causam dano ambiental²¹, a legislação nacional se utilizou da regra da responsabilidade jurídica para imputar o dever de indenizar e de reparar o dano. Nesse caso, a responsabilidade pode ser civil, penal e ambiental.

Eduardo Coral Viegas²² ainda registra que o direito ambiental tem como prioridade a prevenção de danos, o que está inserto no princípio do desenvolvimento sustentável. A degradação ambiental, como regra, é de difícil reparação. Não raro, o restabelecimento do *status quo ante* é impossível, como ocorre nas hipóteses de inundação de cidades para a construção de barragens ou na poluição significativa de águas subterrâneas. De outra parte, o princípio da prevenção atua diante de riscos certos e de perigo concreto de danos, ao passo que o princípio da precaução se relaciona a riscos incertos e perigo abstrato ou potencial.

²⁰ 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/16938.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

²¹ Cf. MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 865: “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais com conseqüente degradação, alteração adversa ou prejudicando o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida”.

²² VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da água e princípios ambientais**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 142-144.

Desse modo, mais que um instrumento de reparação, a proteção ao meio ambiente tem se tornado uma ferramenta de reflexão que permite ponderar sobre a importância de se adotar condutas preventivas, considerando o fato de que a prevenção é sempre um passo à frente da reparação²³.

Para Maria Alexandra de Sousa Aragão²⁴ o princípio da precaução só intervém em situações de riscos graves e de incertezas significativas. Nisso se distingue, desde logo, do princípio da prevenção. Em outras palavras: a precaução destina-se a controlar riscos hipotéticos ou potenciais, enquanto a prevenção visa evitar riscos comprovados. Por isso o princípio da precaução é proativo, enquanto o princípio da prevenção é essencialmente reativo. Esta passagem da “regulação preventiva” para a “regulação precaucional” dos riscos representa uma mudança de paradigma e exige uma definição muito clara das condições de aplicação.

Desta feita, há que se dizer que o princípio da prevenção é utilizado quando o risco do dano é efetivo e real, portanto, um dano delimitado, ao passo que o princípio da precaução contempla aqueles casos de riscos possíveis ou hipotéticos, ou seja, aqueles sobre os quais ainda nem se tem certeza que acontecerão, sendo também chamados de abstratos²⁵.

²³ BALBINO, Thamara Estéfane Martins; BRASIL, Deilton Ribeiro. A dimensão intergeracional e a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras: reflexões sobre a crise ambiental. In: COSTA, André de Abreu; COSTA, Fabrício Veiga; AYALA, Vinícius de Araújo (org). **Proposições reflexivas sobre democracia e direitos fundamentais na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Vorto, 2018. p. 131.

²⁴ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Aplicação nacional do princípio da precaução. In: **Colóquios 2011-2012**. Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013. p. 5.

²⁵ BALBINO, Thamara Estéfane Martins; BRASIL, Deilton Ribeiro. A dimensão intergeracional e a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras: reflexões sobre a crise ambiental. In: COSTA, André de Abreu; COSTA, Fabrício Veiga; AYALA, Vinícius de Araújo (org). **Proposições reflexivas sobre democracia e direitos fundamentais na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Vorto, 2018. p. 141.

A irreversibilidade dos danos ocasionados ao meio ambiente também se constitui em uma característica da magnitude do risco ambiental e fundamenta as decisões jurídicas que impõe aos agentes poluidores a obrigação de adotar medidas preventivas para evitar a ocorrência de danos ambientais no futuro²⁶.

3 Estudo de caso do Loteamento Belvedere III – Belo Horizonte

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) ajuizou Ação Civil Pública, na data de 22/06/2011 (processo nº 1808895-05.2011.8.13.0024), a qual foi distribuída à 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, contra Comercial Mineira S/A, Empresa Agrícola Santa Bárbara Ltda., Abaeté Empreendimentos Ltda., Empreendimentos Sion Ltda., Mineração Lagoa Seca Ltda., ICAL – Indústria de Calcinação Ltda., Comercial L. P. Guimarães Ltda., Sandra Maria Guimarães, Plínio Orsi de Sá, Holding Pentagna Guimarães Ltda., Comercial Santa Zita S/A e o Município de Belo Horizonte, alegando que os réus causaram danos materiais e imateriais ao patrimônio paisagístico/cultural da Serra do Curral pela implantação do empreendimento denominado Belvedere III.

Em sua inicial, o MPMG relatou a importância paisagística, histórica e turística da Serra do Curral:

A Serra do Curral é o marco geográfico mais representativo da região metropolitana de Belo Horizonte, evidenciando um conjunto de expressivo significado simbólico e múltiplos valores, tais como o paisagístico, geológico, histórico, ambiental e turístico.

²⁶ SOUZA, Eliete Gomes de; ARAÚJO, Risolete Nunes de Oliveira. A eficácia da responsabilidade civil frente à prevenção do dano ambiental futuro. **Planeta Amazônia - Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, nº 7, 2015. p. 15.

O nome Serra do Curral faz referência ao antigo nome da capital:

A Serra tem seu nome associado ao antigo Curral Del Rey (atual Belo Horizonte). Segundo Augusto de Lima Júnior, em meados de 1709, companheiros de uma das armadas de Dom João V pediram dispensa dos serviços na Marinha Real e, fascinados pelas notícias que chegavam das minas de ouro partiram em seu rumo. Nesse grupo estava Francisco Homem Del Rey (...), que foi estabelecer-se em terras da sesmaria de Manuel da Borba Gato (...). Em 1716, Francisco, que havia construído uma capela de pau e palha, requereu licença ao bispo do Rio de Janeiro para celebração de uma missa. Nada conseguindo, endereçou longa petição ao Rei; quando a licença chegou já se formava um povoado, então denominado Curral Del Rey.

Afirmou que a gravidade da situação era tamanha que em 13 de março de 1975, a Assembleia Legislativa de Minas Gerais instaurou a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) a fim de apurar as irregularidades praticadas pela atividade mineradora na Serra do Curral.

O MPMG alegou que as agressões à Serra do Curral continuam na atualidade, e que se nada for feito, em pouco tempo a sociedade mineira, e em especial a comunidade da região belo-horizontina, nada mais terá a contemplar, pois estará definitivamente perdida a paisagem que há mais de três séculos faz parte do cotidiano de nossa gente.

Citou como exemplo a instalação de dezenas de antenas na cumeada da serra, causando impactos visuais mediante a introdução de elementos estranhos à estrutura do bem protegido, cuja cumeada deveria estar, supostamente, livre de quaisquer interrupções, bem como ainda a construção de inúmeras torres de apartamentos no Bairro Belvedere III, no entorno imediato da área tombada.

Em 21 de setembro de 1960, o Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (DPHAN), atual IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), através do processo 591-T-

58, inscrição 29-A, folha 08, do livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, decretou o tombamento da Serra do Curral, no intuito de preservá-la do risco iminente das atividades minerárias que ali se desenvolviam.

Alega, ainda, o MPMG que em vistoria realizada, em 2008, pela Técnica em Arquitetura da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais constatou-se que:

Apesar de toda importância da serra e dos atos protetivos, vem ocorrendo intervenções que causam impactos negativos no bem protegido, como por exemplo, a construção de várias edificações verticalizadas, tanto no Bairro Belvedere III, em Belo Horizonte, quanto nos bairros Vila da Serra e Vale do Sereno em Nova Lima. Muitas destas edificações ultrapassam a altitude da crista da Serra, interferindo no seu contorno.

Para preservar a harmonia e a compreensão da sua ambiência, é necessário que exista um uso disciplinado e adequado da área tombada, com o objetivo de preservar suas características ambientais, culturais, históricas e científicas, que fazem parte do conjunto, uma vez que a área é de interesse ambiental e paisagístico.

Ressalta-se a importância da área de entorno, pois o bem protegido deve ser soberano a outros objetos no local onde se encontra implantado. Deve estar livre de obstáculos que dificultem sua visibilidade ou qualquer objeto que possa competir com a atenção merecida ao bem protegido.

O tombamento da Serra, pelo poder público municipal de Belo Horizonte, ocorreu em 2002, mediante a Deliberação Normativa nº 147/2003, que buscou proteger a sua visibilidade, prescrevendo que, em caso algum, o bem protegido poderá ser destruído ou mutilado, nem, sem prévia autorização do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, ser reparado, pintado ou restaurado, bem como, não se poderá na vizinhança da coisa tombada fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes.

Em 2001, o MPMG abriu Inquérito Civil (processo nº0024.01.000081-8) para apurar possíveis danos à Serra do Curral, em consequência da implantação do loteamento Belvedere III. Apurou-se que não houve manifestação do IPHAN quando da aprovação do aludido loteamento, em 1988.

À época da autorização para criação do loteamento, em 1988, já havia legislação municipal que vedava tal ato:

Lei nº 4.034, de 25 de março de 1985:

[...]

Artigo 18- Não será permitido o parcelamento do solo urbano em terreno:

[...]

IX – Necessário ao desenvolvimento do Município, à defesa das reservas naturais, à preservação de interesse cultural e histórico e à manutenção dos aspectos paisagístico, de acordo com o planejamento urbano municipal.

O Município de Belo Horizonte tentou revogar a aprovação do loteamento expedindo os Decretos 6.552/1990, 6.690/1990 e 7.260/1992, mas sem sucesso, já que os réus obtiveram, junto ao Poder Judiciário, liminares que os autorizavam a dar andamento ao empreendimento.

Assim, mesmo diante de tanta ilegalidade, o Município de Belo Horizonte ainda foi obrigado, pelo Poder Judiciário, a expedir certidões de origem e informações básicas dos lotes, “sem qualquer referência à circunstância de que o loteamento se encontrava em área vizinha a bem de interesse cultural tombado”.

Sendo assim, em poucos anos já havia diversos “espigões” construídos nos lotes objeto da contenda, comprometendo em definitivo a visibilidade da Serra do Curral.

Alega, ainda, o MPMG que laudo técnico elaborado, em 2004, pelo Centro de Apoio às Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente concluiu que:

As edificações erguidas no Belvedere III obstruíram a visibilidade do bem tombado de forma gradativa, causando danos irreversíveis ao bem paisagístico. Em razão disso, apurou-se, àquela época, o valor de R\$12.870.700,00 (doze milhões, oitocentos e setenta mil e setecentos reais). Outrossim, considerando que desde então outras edificações foram erguidas no local, há necessidade de complementação e atualização dos valores apurados.

Por fim, o MPMG pede a condenação dos réus ao dever de indenizar a coletividade pelos danos materiais irreversíveis ao patrimônio paisagístico/cultural da Serra do Curral, no valor de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), mais o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais pelos mesmos fatos no valor de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), valores estes que deverão ser destinados ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos.

Os réus contestaram à inicial alegando, em síntese que a Serra do Curral não era tombada em toda sua extensão, mas somente a porção definida na Deliberação Normativa nº 147/2003, expedida pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte (CDPCM-BH):

DELIBERAÇÃO Nº 147/2003

O Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte / CDPCM-BH, nos termos do disposto na Seção II, do Capítulo III, do Título VIII da Constituição Federal; na Seção IV, do Capítulo I, do Título IV da Constituição do Estado de Minas Gerais e no Capítulo VI, do Título VI da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, em conformidade com o Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, o Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, o Decreto Federal 80.978, de 12 de dezembro de 1977, a Lei Municipal nº 3.802, de 06 de julho de 1984 e o Decreto Municipal nº 5.531, de 17 de dezembro de 1986, reunido em sessão extraordinária realizada em 16

de dezembro de 2003, aprovou o tombamento definitivo das 04 Subáreas da Serra do Curral - Barreiro; Bom Sucesso-Cercadinho; Serra-Acaba Mundo; Taquaril - e as diretrizes de proteção do Perímetro de Entorno/Vizinhança (processo administrativo n.º 01.000332.04.45) das referidas Subáreas, por se tratar de bem cultural de relevante valor histórico, paisagístico e ambiental, conforme inventariado no dossiê elaborado pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. Saibam os interessados, especialmente o(s) proprietário(s) do referido bem cultural, a ser inscrito nos Livro do Tombo Histórico, no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico não poderá, em caso algum, ser destruído ou mutilado, nem, sem prévia autorização do CDPCM-BH, ser reparado, pintado, ou restaurado, bem como não se poderá na vizinhança da coisa tombada fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, devendo, ainda, ser submetida à apreciação do referido Conselho toda e qualquer intervenção no bem cultural protegido.
[...]

Defenderam as suas ilegitimidades para figurarem no polo passivo da ação, ao argumento de que os legítimos a responderem pela ação proposta seriam os construtores do Bairro Belvedere III.

Requereram o reconhecimento da prescrição, e no mérito, argumentou no sentido de que inexistente nos autos nexo de causalidade entre as atividades exercidas pelas empresas requeridas e o dano supostamente causado ao patrimônio público tombado.

Alegam, ainda, os réus que existem restrições específicas e fixadas em função da zona em que se situa o loteamento do Belvedere III, no caso área parcelada n.º 08 – APA-8, onde devem ser aplicadas as diretrizes fixadas pela Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo (LPOUS), determinada pelo CDPCM-BH.

Que a Lei n.º 9.959, de 20 de julho de 2010²⁷ permitiu o loteamento e construção da área, fixando os padrões construtivos,

²⁷ MINAS GERAIS. **Lei estadual n.º 9.959, de 20 de julho de 2010**. Altera as leis n.º 7.165/96 – que institui o plano diretor do Município de Belo Horizonte – e n.º 7.166/96 –

havendo, ainda, regulamentação administrativa do entorno do bem tombado pelo CDPCM-BH.

Contestam, ainda, a inicial afirmando que na ocasião da aprovação do loteamento, em 1988, o tombamento nacional realizado pelo IPHAN terminava no meio do bairro Anchieta, distante três quilômetros do bairro Belvedere III.

O Município de Belo Horizonte, por sua vez, alegou em contestação que a construção dos “espigões” no loteamento Belvedere III só foi possível tendo em vistas as decisões judiciais que beneficiaram os loteadores.

Que parte do loteamento Belvedere III está inserida no entorno do bem tombado. Esta área é passível de restrições para as construções, sendo que jamais deixou de estabelecer as diretrizes para tanto.

Alega, ainda, em sua contestação que não cometeu qualquer omissão, já que o artigo 91-C da Lei Municipal nº 7.166/96²⁸ prevê a Área de Diretrizes Especiais da Serra do Curral, que incluiu o entorno do bem tombado, estabelecendo uma série de restrições de ocupação.

Requeru que, em caso de eventual condenação indenizatória, o pagamento deveria, em tese, beneficiar apenas a população da capital,

que estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no município -, estabelece normas e condições para a urbanização e a regularização fundiária das zonas de especial interesse social, dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo nas áreas de especial interesse social, e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2010/995/9959/lei-ordinaria-n-9959-2010-altera-as-leis-n-7165-96-que-institui-o-plano-diretor-do-municipio-de-belo-horizonte-e-n-7-166-96-que-estabelece-normas-e-condicoes-para-parcelamento-ocupacao-e-uso-do-solo-urbano-no-municipio-estabelece-normas-e-condicoes-para-a-urbanizacao-e-a-regularizacao-fundiaria-das-zonas-de-especial-interesse-social-dispoe-sobre-parcelamento-ocupacao-e-uso-do-solo-nas-areas-de-especial-interesse-social-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²⁸ BELO HORIZONTE. **Lei municipal nº 7.166, de 27 de agosto de 1996.** Estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano do Município. Disponível em: <http://www.cmbh.mg.gov.br/atividadelegislativa/pesquisar-legislacao/lei/7166/1996>. Acesso em: 18 mar. 2018.

supostamente prejudicada pela ocupação do Belvedere III, e não a população de todo o Estado de Minas Gerais.

O juiz determinou perícia para avaliar se houve danos à visibilidade da Serra do Curral.

O laudo pericial concluiu que a implantação do loteamento Belvedere III obstruiu a visibilidade da Serra do Curral, já que foram construídos diversos “espigões” no seu entorno, descaracterizando-o: “No que tange a questão da visibilidade da Serra do Curral, percebe-se que houve uma considerável redução tomando-se como base diversos pontos de visada na região metropolitana de Belo Horizonte”.

Para chegar à conclusão acima exposta, o perito oficial diligenciou junto à Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais, onde se reuniu com a assistente técnica do autor; esteve no bairro Belvedere III, acompanhado dos assistentes técnicos dos réus, onde percorreram todo o bairro; compareceu à Diretoria de Patrimônio Cultural – DIPC (Fundação Municipal de Cultura), em companhia da assistente técnica do autor, onde se reuniram com o gerente da Diretoria, Sr. Carlos Henrique Bicalho.

O *expert* analisou, também, os Tombamentos Federal e Municipal. Constatou que a área onde se localiza o bairro Belvedere III não está compreendida no Tombamento Federal, ocorrido em 1960, efetuado pelo antigo Departamento de Patrimônio Artístico Nacional (DPHAN), através do processo 591-T-58, inscrição 29-A, folha 08 do Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico.

Concluiu, da mesma forma acima, que o Tombamento Municipal não compreende o Bairro Belvedere III, mas este se localiza em seu entorno, passível de restrições e diretrizes especiais para construções:

Em diligência ao CDPCM - Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural do Município de Belo Horizonte, junto ao setor responsável, obtive os dados georreferenciados das áreas de entorno e tombamento da Serra do Curral (...) fica claro (...) que os lotes,

objeto da lide, se encontram dentro da área do entorno.
(fls. 56 e 57 do scanado).

Sendo assim, o laudo foi conclusivo no sentido de afirmar que ocorreu a obstrução da visibilidade da Serra do Curral, em decorrência das construções realizadas no loteamento Belvedere III.

A sentença julgou procedente o pedido da Ação Civil Pública, condenando os réus a pagar uma indenização de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), a título de danos morais coletivos e R\$ 12.870.700,00 (doze milhões, oitocentos e setenta mil e setecentos reais) a título de danos materiais. Condenou, ainda, o Município de Belo Horizonte a se abster de aprovar futuras construções no bairro Belvedere III, sem prévia anuência do IPHAN, bem como do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento.

O juízo entendeu que o loteamento Belvedere III causou danos ao patrimônio paisagístico e cultural da Serra do Curral: “Os danos à paisagem da Serra do Curral são incontestes, eis que em razão do parcelamento do solo e de sua ocupação, foi possível gerar a obstrução da visão da Serra do Curral, importante ponto turístico da capital mineira”.

Os réus alegaram a sua ilegitimidade para figurarem no polo passivo da demanda, ao argumento de que não realizaram nenhuma construção na área descrita na inicial, e que somente se limitaram a realizar o parcelamento do solo. Mas o juízo não acolheu a preliminar:

Tal preliminar não merece ser acolhida, pois, apesar de não terem, supostamente, realizado nenhuma construção no local objeto da presente ação, ali executaram obras que podem ter alterado a homeostase natural do bem, outrossim, conforme documentos constantes no Inquérito Civil nº 0024.01.000081-8, as empresas Requeridas são proprietárias de quase a integralidade do bem protegido (fls. 363/423 – vol. I, do Inquérito Civil), sendo, portanto, detentoras de obrigações no sentido de garantir a preservação dos valores materiais e imateriais do referido patrimônio.

Os réus alegaram, também, a ocorrência de prescrição da pretensão do Ministério Público, ao argumento de que entre a implantação do loteamento, iniciado em 1988 e o ajuizamento da presente Ação Civil Pública, teriam transcorrido mais de duas décadas, estando, portanto, prescrita a pretensão ministerial.

A lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985²⁹, que regulamentou a ação civil pública, não foi omissa quanto à aplicação do instituto da prescrição, uma vez que as ações por danos causados ao meio ambiente são imprescritíveis.

Na verdade, o que se discute é a ocorrência de ilícitos derivados do dever de preservação do bem pelos proprietários e possuidores ao longo do tempo, ou seja, a obrigação em análise não é destacável, mas sim se renova durante todo o período que as partes mantinham uma relação jurídica de posse ou propriedade com o bem.

Dessa forma, o juízo entendeu que não cumprida a obrigação legal de zelo com bem tombado e da área em seu entorno, surgem para àqueles encarregados desse ônus constantemente o dever de reparação, não sendo possível se falar em prescrição.

A Constituição Federal de 1988³⁰, em seu artigo 30, determinou que compete ao Município a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação federal e estadual. Estabeleceu, ainda, em seu artigo 23, a competência comum da União, Estados e Municípios na preservação/conservação e proteção dos bens históricos/culturais dentre outros.

²⁹ 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/L7347_orig.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

³⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

Ainda conforme o artigo 216 os bens que constituem o patrimônio cultural brasileiro, determinando ao Poder Público, juntamente com a comunidade, a proteção e conservação deles, podendo se utilizar de diversos meios para tanto. Vejamos:

Artigo 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
[...]

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Em assim sendo, foi julgado procedente o pedido do MPMG para condenar os réus a pagar uma indenização de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), a título de danos morais coletivos e R\$12.870.700,00 (doze milhões, oitocentos e setenta mil e setecentos reais) a título de danos materiais, entendendo que o loteamento Belvedere III causou danos ao patrimônio paisagístico e cultural da Serra do Curral.

Considerações Finais

A Constituição Federal de 1988 delimitou todas as ações que o poder público deve praticar para que o direito fundamental ao ambiente equilibrado deixe de ser uma prerrogativa, categoria apenas formal, e passe a ser efetivamente concretizada. Isso demonstra a preocupação do constituinte originário com a garantia desse direito. A maior

responsabilidade para sua efetivação cabe ao Poder Executivo. Porém, os outros Poderes devem dar sua contribuição. Ao Legislativo compete elaborar as leis ambientais, cabendo ao Judiciário dirimir os conflitos de natureza ambiental. O Poder Executivo tem a responsabilidade direta pela defesa e preservação ambiental.

Nesse contexto, o meio ambiente apresenta-se como um bem de uso comum do povo, pertencente à coletividade, e, por isso, não integra o patrimônio disponível do Estado ou de particulares, o que caracteriza a sua indisponibilidade; além do compromisso de ser preservado pelas gerações atuais, com o propósito de transferência do patrimônio ambiental às gerações futuras.

O crescente impacto negativo sobre o meio ambiente fez despertar no Poder Público e na sociedade uma preocupação com a atual e as futuras gerações. Nesse diapasão, o direito ambiental se destaca como uma das principais ferramentas para se alcançar o equilíbrio entre desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

No caso específico do loteamento do Belvedere III, o direito ambiental serviu de base para definir a punição aos réus que causaram os danos à Serra do Curral. O laudo pericial concluiu que o empreendimento, seguido das construções, diminuíram a visibilidade do bem tombado. Nota-se, que no caso em tela, o ideal seria que o Poder Público tivesse conseguido prevenir o dano.

Dessa forma, fica latente a necessidade de aperfeiçoar as ferramentas de defesa ambiental, como a fiscalização e a legislação, já que ocorrem danos que são irreversíveis, como configurado no estudo de caso em questão.

Referências

ALBERGARIA, Bruno. **Direito ambiental e responsabilidade civil das empresas**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALBINO, Thamara Estéfane Martins; BRASIL, Deilton Ribeiro. A dimensão intergeracional e a proteção dos direitos fundamentais das gerações futuras: reflexões sobre a crise ambiental. *In*: COSTA, André de Abreu; COSTA, Fabrício Veiga; AYALA, Vinícius de Araújo (org). **Proposições reflexivas sobre democracia e direitos fundamentais na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Vorto, 2018, p. 131-149.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017.

BELO HORIZONTE. **Lei municipal nº 7.166, de 27 de agosto de 1996**. Estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano do Município. Disponível em: <http://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/7166/1996>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

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/16938.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

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. Acesso em: 18 mar. 2018.

CARVALHO, Déltion Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015.

JACOBS, Michael. O meio ambiente, a modernidade e a terceira via. In: GIDDENS, Anthony (org.). **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 453-457.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental na sociedade de risco**: uma visão introdutória. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINAS GERAIS. **Lei estadual nº 9.959, de 20 de julho de 2010**. Altera as leis nº 7.165/96 - que institui o plano diretor do Município de Belo Horizonte - e nº 7.166/96 - que estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no município -, estabelece normas e condições para a urbanização e a regularização

fundiária das zonas de especial interesse social, dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo nas áreas de especial interesse social, e dá outras providências. Publicado no DOM - Belo Horizonte, 21 jul.2010 Disponível em: <http://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2010/995/9959/lei-ordinaria-n-9959-2010-altera-as-leis-n-7165-96-que-institui-o-plano-diretor-do-municipio-de-belo-horizonte-e-n-7-166-96-que-estabelece-normas-e-condicoes-para-parcelamento-ocupacao-e-uso-do-solo-urbano-no-municipio-estabelece-normas-e-condicoes-para-a-urbanizacao-e-a-regularizacao-fundiaria-das-zonas-de-especial-interesse-social-dispoe-sobre-parcelamento-ocupacao-e-uso-do-solo-nas-areas-de-especial-interesse-social-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PENTINAT, Susana Borràs. In dubio pro natura: un principio transformador del derecho ambiental en América Latina. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; BORRÀS, Susana (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 05-39, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Eliete Gomes de; ARAÚJO, Risolete Nunes de Oliveira. A eficácia da responsabilidade civil frente à prevenção do dano ambiental futuro. **Planeta Amazônia - Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**. Macapá, n. 7, p. 13-22, 2015.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da água e princípios ambientais**. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

ZANINI, Cristiane; WINCKLER, Silvana Terezinha. A teoria do risco em Anthony Giddens e a jurisprudência do STJ e STF. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (org.). **21º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito Por um Planeta Verde, 2016, p. 499-510.

Olhos de *lince* sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais*

Linx eyes on solutions mediated in the contexto of mineral environmental disasters

Bleine Queiroz Caúla**

Emanuelle Coelho de Souto**

Karine Menezes Rocha**

Resumo: O artigo discute o dever ambiental constitucional de Estado de empreender esforços a fim de fomentar o uso adequado dos recursos naturais. Discorre se, na prática, os desastres ambientais podem ser dirimidos por soluções mediadas. Nesse cenário, parte de uma análise do caso da mineradora Samarco em Mariana, Minas Gerais. A metodologia utilizada recorreu à pesquisa bibliográfica em livros e artigos. Concluiu-se que a utilização da mediação para as controvérsias ambientais enfrenta alguns desafios, começando pela incompatibilidade com princípios da mediação, insitos na Lei nº 13.140/2015 com as especificidades do direito ambiental. Por fim, extrai-se que no desastre ambiental causado pela empresa Samarco tem-se empenhado esforços para que os conflitos oriundos dos diversos danos sejam dirimidos de forma mais célere, justa e participativa. Para isso, em 2018 foi firmado acordo no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC Governança com a Fundação Renova e suas mantenedoras, Samarco, Vale e BHP Billiton,

* A autoria do texto lapidado a seis mãos obedeceu a ordem alfabética.

** Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Conciliadora e mediadora do CNJ. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. Instagram: @bleinequeiroz.

** Advogada licenciada, com formação em Direito na Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Conciliadora e mediadora do CNJ. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, e especializanda em mediação de conflitos. E-mail: emanuelle.coelhosouto@hotmail.com. Instagram: @emanuellecoelho1.

** Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. E-mail: karinemenezesrocha@hotmail.com. Instagram: @menezeskarine.

instituindo o Programa de Indenização Mediada que dará voz e voto às comunidades atingidas.

Palavras-chave: Conflitos ambientais. Desastre ambiental. Soluções mediadas. Tutelas coletivas.

Abstract: The article discusses the State's constitutional environmental duty to make efforts to encourage the proper use of natural resources. It discusses whether, in practice, environmental disasters can be solved by mediated solutions. In this scenario, part of an analysis of the case of mining company Samarco in Mariana, Minas Gerais. The methodology used bibliographic research in books and articles. It was concluded that the use of mediation for environmental controversies faces some challenges, starting with the incompatibility of the principles of mediation inherent in Law No. 13,140 / 2015 with the specificities of environmental law. Finally, it appears that in the environmental disaster caused by the company Samarco, efforts have been made to ensure that conflicts arising from various damages are solved in a fasted, fair and participatory manner. To this end, in 2018 an agreement was signed in the Conduct Adjustment Term - TAC Governança with Fundação Renova and its sponsors, Samarco, Vale and BHP Billiton, instituting the Mediated Indemnity Program that will give voice and vote to the affected communities.

Keywords: Environmental conflicts. Environmental disasters. Mediated solutions. Collective tutelage.

Introdução

É cediço que, apesar do direito constitucionalmente previsto de todos os indivíduos usufruírem de um meio ambiente saudável, existem conflitos acarretados pela má administração dos recursos naturais, gerando a necessidade de buscar meios alternativos de solucioná-los.

Nesse cenário, discute-se a (in)viabilidade de a mediação, como alternativa célere, solucionar conflitos ambientais de

complexidade como o caso da mineradora Samarco na cidade de Mariana, estado de Minas Gerais. A série de danos ambientais causada pelos rejeitos da lama completou 5 anos em novembro de 2020, ainda com várias pendências, impasses e injustiças.

As hipóteses do estudo foram investigadas a partir de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a um caso prático, o que leva à abordagem teórico-empírica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

O artigo está dividido em quatro seções, a começar por esta introdução. No primeiro tópico escoa-se sobre a mediação; Mediação como técnica de resolução dos conflitos ambientais; a (in)viabilidade da mediação nas controvérsias da mineradora Samarco. Em seguida é tratada a tutela coletiva e os desastres ambientais brasileiros; a efetividade da tutela coletiva no ordenamento brasileiro; análise jurisprudencial sobre as tutelas ambientais. Encerra com as considerações finais.

1 A mediação

A mediação é um procedimento de resolução de conflitos em que o mediador deve ser imparcial, facilitando a conversa entre os envolvidos, com a utilização de técnicas que podem variar conforme o caso concreto. Cabe ainda ao mediador organizar os pontos a serem debatidos na sessão de mediação, mas sem sugerir acordos, já que são as partes que devem decidir como se dará o desfecho do impasse.

Nessa esteira, a mediação tem como objetivos, além da transformação do conflito, por meio do diálogo, a “solução dos conflitos (boa administração do conflito), a prevenção da má administração de conflitos, a inclusão social (participação efetiva,

conscientização de responsabilidades e dos direitos, acesso à justiça) e a paz social”¹. Sobre o tema, Tania Almeida leciona:

[...] Por dedicar-se ao restauro da relação social e à desconstrução do conflito – o que lhe confere caráter preventivo de amplo alcance social –, a mediação vem sendo considerada o método de eleição ideal ou mais apropriado para desacordos entre pessoas cuja relação vai perdurar no tempo – seja por vínculos de parentesco, trabalho, vizinhança ou parceria².

É indicada para situações em que as relações perdurarão, ou seja, “nas relações continuadas, relações que são mantidas apesar do problema vivenciado”³. É o caso, por exemplo, dos litígios que envolvem pensão alimentícia para crianças, cujos pais mantêm certo vínculo entre si, apesar de estarem divorciados. Isso porque as tratativas sobre os custos e as necessidades dos filhos são feitas entre os genitores, tais como gastos com saúde, educação, alimentação e moradia. Nesse caso, é comum a procura da solução mediada, tendo em vista que muitas vezes a negociação diretamente entre os envolvidos não é bem-sucedida.

Frise-se que a mediação vem sendo utilizada em vários países como Estados Unidos, Inglaterra, Argentina. É uníssona a necessidade de se encontrar um meio eficaz e célere de resolver os conflitos entre os particulares, a fim de desconcentrar as soluções das lides sob o manto do Poder Judiciário. Quando as partes do conflito assumem a responsabilidade de administrar a solução demonstram maturidade, equilíbrio, serenidade, respeito e urbanidade.

¹ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 5.

² ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. **Mediare**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://mediare.com.br/mediacao-e-conciliacao-dois-paradigmas-distintos-duas-praticas-diversas/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 2.

Nessa esteira, ao ser observado o modo de a sociedade e os Estados incorporarem a mediação, por meio de seus poderes, percebeu-se a existência de diferentes fronteiras. A primeira fronteira é a de mútuo respeito e de cooperação, que possibilita o intercâmbio de culturas, bem como de tradições, por meio dos objetivos focados em cuidar do cidadão e de sua comunidade. É o caso de algumas experiências no México e no Brasil⁴.

A segunda fronteira é a de imposição na tentativa de neutralização dos novos paradigmas, caso em que a finalidade é submeter a mediação às necessidades do Tribunal. A última fronteira diz respeito à mútua submissão à globalização e da defesa de capital internacional, visando manter o convívio, viabilizado pela aceitação da globalização e da defesa do capital internacional. Trata-se de uma forma existente em todos os países, em que se busca mudar alguma coisa para que tudo permaneça igual⁵.

Em Portugal, “[...] a mediação ainda é quase totalmente ignorada pelo Poder Judicial, numa tentativa de resistir na fortaleza. As únicas normas legais sobre mediação que envolve tribunais são a respeito dos menores [...]”⁶. Já na Inglaterra foram feitas parcerias com a ordem dos advogados, com a Comunidade Europeia e com órgãos de mediação, para debate-la e divulgá-la⁷. Na Inglaterra

⁴ VEZZULA, Juan Carlos. A transformação do poder judicial e sua relação com a mediação de conflitos. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 61-81.

⁵ VEZZULA, Juan Carlos. A transformação do poder judicial e sua relação com a mediação de conflitos. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 51-81.

⁶ VEZZULA, Juan Carlos. A transformação do poder judicial e sua relação com a mediação de conflitos. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 66-67.

⁷ DRUMMOND, Maria Rita de Carvalho. Mediação no sistema da Common Law - o desenvolvimento da mediação comercial nos Estados Unidos da América e na

[...] a parte que ingressar em juízo deve recorrer inicialmente à mediação. Caso uma das partes se recuse, deverá, ainda que vencer o processo, pagar todo o custo processual da outra parte, incluindo honorários advocatícios. **Assim, sob a ameaça de uma penalidade econômica, a mediação foi introduzida formalmente no sistema jurídico inglês**⁸. (grifou-se).

A penalidade econômica também foi introduzida, ainda que de forma mais branda, no ordenamento jurídico brasileiro, em casos de não comparecimento à sessão de mediação. A primeira refere-se à mediação extrajudicial, na qual a parte envolvida que confirme expressamente sua presença e não compareça à mediação terá que arcar com cinquenta por cento dos honorários sucumbenciais, caso seja vencedora em eventual ação judicial ou arbitral proposta posteriormente, cujo objeto da mediação tenha sido o mesmo, conforme preceitua o art. 22, § 2º, IV, da Lei nº 13.140/2015⁹.

A segunda penalidade refere-se à mediação ou conciliação judicial, em que o não comparecimento à audiência, sem justo motivo das partes, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, podendo ser determinado o pagamento de multa de até dois por cento

Inglaterra. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 168.

⁸ DRUMMOND, Maria Rita de Carvalho. Mediação no sistema da Common Law - o desenvolvimento da mediação comercial nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 168.

⁹ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

do valor da causa ou da vantagem econômica que se pretende. Vide artigo 334, §8, do Código de Processo Civil (CPC)¹⁰.

1.1 Mediação como técnica de resolução dos conflitos ambientais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), logo em seu preâmbulo, prevê o fomento à solução pacífica das controvérsias. Estabelece ainda que o Brasil, nas suas relações internacionais, rege-se pelos princípios da defesa da paz social, reforçando a resolução pacífica de conflitos, em seu artigo 4º, incisos VI e VII.

Na Ordem Social a CF/88 prevê o direito de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, destinado a todos, para viabilizar uma melhor qualidade de vida para as pessoas, tendo como condição o dever do Estado e da sociedade protegerem e preservarem os bens ambientais em todas as gerações.

Na prática é notória a ocorrência de conflitos envolvendo os bens ambientais. Interesses econômicos e políticos, colisão de direitos fundamentais, desconsideração dos princípios do direito ambiental na governança das empresas e a arquitetura mercadológica do consumo levam à expansão dos riscos, a destruição de áreas protegidas, o desaparecimento de espécies, o descompasso climático, e o mais grave, a insegurança jurídica.

A teoria do conflito defende que ele é natural e faz parte das relações sociais, apesar de costumeiramente ser associado a brigas e disputas. Caracteriza-se por um choque de pontos de vista e, na sua ausência, é provável que a sociedade estivesse estagnada, pois o conflito é um importante meio gerador de mudanças. O que pode

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

culminar em impacto negativo é a consequência gerada pela má administração do impasse¹¹.

Além disso, ainda de acordo com a teoria do conflito, o impasse “pode se manifestar de duas formas: explícito ou oculto. Assim, utilizando-se a metáfora do *iceberg* explica-se que em muitos casos o real conflito ou o que realmente é importante para facilitar uma comunicação e solucionar o conflito encontra-se escondido”¹². Por isso, para que efetivamente a controvérsia possa ser dirimida, faz-se necessário descobrir o conflito real, muitas vezes ocultado pelas posições, pontos de vistas a princípio inegociáveis, assim como um *iceberg*, em que o que se pode ver é apenas o topo.

Como lecionam Gilmar Mendes e Branco¹³, é notório que algumas diretrizes sobre a proteção de recursos ambientais podem restringir direitos, mas sempre objetivando outros direitos, que são relevantes e legítimos. Como exemplo, pode-se citar os impasses envolvendo a diversidade biológica, “[...] entre os países que possuem recursos biológicos e os que possuem conhecimentos para usá-los e dominam a biotecnologia moderna”, segundo José Carlos Barbieri¹⁴.

A fim de sanar as controvérsias acerca de conflitos ambientais surge a gestão ambiental, que acopla os direcionamentos e as atividades administrativas que são feitas por determinada entidade, a fim de

¹¹ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 160.

¹² SALES, Lília Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos-aprimoramento das discussões conceituais. *In*: SALES, Lília Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 156.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 343.

¹⁴ BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial**: Conceitos, modelos e instrumentos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 55.

conquistar metas sobre a boa gestão do meio ambiente, buscando dirimir conflitos ou evitar que haja conflitos nas próximas gerações¹⁵.

Nessa esteira, a mediação se mostra uma opção adequada também em alguns conflitos ambientais, tendo em vista a percepção que cada pessoa tem em relação às questões ambientais, bem como a possibilidade de se obter uma decisão feita entre os próprios envolvidos, de forma não arbitrária, conforme leciona Luiza Klunk¹⁶.

Ademais, sob a égide dos princípios de respeito mútuo, escuta ativa, cooperação e pelo diálogo direto entre as partes, a mediação pode se apresentar como um meio eficaz de dirimir as controvérsias ambientais. Entrementes, os argumentos da celeridade, informalidade, possibilidade de pôr fim à controvérsia, com um resultado que beneficia ambas as partes não parecem suficientes para fechar uma posição absolutamente favorável. Se a mediação é indicada para conflitos entre pessoas com relação preestabelecida, que já tenham algum vínculo, os conflitos ambientais ocorrem entre pessoas desconhecidas e indeterminadas, sem qualquer vínculo preestabelecido. Esse é o ponto nevrálgico.

Barros, Caúla e Carmo advertem que “a possibilidade de desigualdade entre os mediandos constitui risco à efetividade das soluções mediadas no contexto dos conflitos ambientais”¹⁷. E opinam que existem “desequilíbrios de poder entre os mediandos que conduz à necessária tutela do Estado”.

¹⁵ BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial: Conceitos, modelos e instrumentos**. 4. ed. Saraiva, 2016. p. 55.

¹⁶ KLUNK, Luiza. **Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança**. Curitiba: Juruá, 2010. p.63.

¹⁷ BARROS, Ana Meire Vasconcelos; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. Desequilíbrios de poder entre os mediandos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, set./dez. 2016. p. 268. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/issue/view/41>. Acesso em: 30 nov. 2020.

1.2 A (in)viabilidade da mediação nas controvérsias da mineradora Samarco

A solução pacífica dos conflitos é preceituada no artigo 4º, VII, da CF/88. Não afasta o Estado da sua atuação, mas convida os privados para o amadurecimento da capacidade de convergir, pacificar e dialogar. Dirimir conflitos ambientais é tarefa pública que envolve direitos difusos (interesses metaindividuais), tendo como guardião o Ministério Público, na sua função institucional de administrar, gerenciar e proteger. Isso não significa que o instrumento será a mediação.

É válido destacar o rompimento da Barragem de Cataguases, também em Minas Gerais, no ano de 2003, em que foram espalhados rejeitos industriais de licor negro na Bacia Hidrográfica do Paraíba do Sul.

A Samarco Mineração S.A. é uma empresa brasileira fundada em 1977. Atualmente é controlada através de uma joint venture entre a brasileira Vale S/A a anglo-australiana BHP Billiton. O Complexo Samarco opera um sistema integrado em Minas Gerais e Espírito Santo, formado por duas minas (extração), três usinas de beneficiamento, três minerodutos (transporte), quatro usinas de pelotização, (concentração), barragens de rejeitos e pilhas de estéril (rejeitos) e um porto (exportação)¹⁸.

Como forma de gestão consensual dos conflitos ambientais no estado de Minas Gerais foi aprovada a Resolução PGJ nº 106/2012¹⁹ que cria o Núcleo de Negociação de Conflitos Ambientais (NUCAM),

¹⁸ VORMITTAG, Evangelina da Motta Pacheco Alves de Araújo; OLIVEIRA, Maria Aparecida de *et al.* **Avaliação dos riscos em saúde da população afetada pelo desastre de Mariana.** Instituto Saúde e Sustentabilidade e Greenpeace. São Paulo, 2017. p. 15. Disponível em: https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua_Para_Quem/documentos/RelatorioGreenpeace_saude_RioDoce.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁹ MINAS GERAIS. Procuradoria Geral de Justiça. Ministério Público de Minas Gerais. **Resolução PGJ nº 106, de 6 de dezembro de 2012.** Institui, na estrutura do CAOMA, o Núcleo de Negociação de Conflitos Ambientais (NUCAM) e dispõe sobre suas atribuições. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C67C-28-res_pgj_106_2012.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

com objetivo promover a atuação do Ministério Público na resolução de conflitos ambientais de maior complexidade, além de conduzir inquéritos, elaborar estudos e pareceres. A essa altura não imaginavam o que estava por vir – os desastres²⁰ de Mariana e Brumadinho.

A barragem rompida no ano de 2015 revela que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi severamente violado em todo o distrito de Bento Rodrigues e fora dele. Os efeitos do maior desastre minerário ambiental do País ainda ecoam. Muitos moradores tiveram a saúde afetada por conta dos resíduos tóxicos da lama, comprometendo o uso das águas, do solo e de parte da fauna, como os peixes, que não resistiram às substâncias adversas.

Oportuno citar Tiago Antunes²¹

o caso sub judicio encontraria a sua regulamentação jurídica num diploma jus-europeu específico quanto à gestão dos resíduos da indústria extrativa: a Diretiva 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006. Aí são tratados diversos aspectos atinentes à exploração mineira e, concretamente, à produção, acumulação e eliminação de rejeitados, incluindo a possível ocorrência de acidentes graves. Assim, não obstante a pertinência dos vários regimes mencionados para o enquadramento juseuropeu de uma catástrofe como a de Mariana, havendo um diploma próprio sobre a atividade em questão, é naturalmente este que sobreleva [...].

²⁰ O glossário da Defesa Civil Nacional define **desastre** como o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema (vulnerável), causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais.

²¹ ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAULA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 302. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

“O legislador europeu considerou que as especificidades deste setor eram tais ou que a sua perigosidade era de tal ordem que se justificava a aprovação de um regime jurídico autónomo e especial”, a Directiva 2006/21/CE²². Tiago Antunes enfatiza “É que o Direito Europeu do Ambiente caracteriza-se por um tratamento eminentemente horizontal (ou transversal) das questões ambientais, mediante regimes de ordem geral aplicáveis a um largo espectro de instalações (potencialmente) poluentes²³.”

Em vista da necessidade de resolver o impasse de forma eficaz e célere, em março de 2017 o Conselho Nacional de Justiça instalou um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC na cidade de Mariana, tendo por objetivo a pacificação social, notadamente em relação aos conflitos oriundos dos impactos ambientais gerados. Insta frisar que os CEJUSC’s adotam dois meios de solução de conflitos: conciliação e mediação. Portanto, esses conflitos merecem olhos de *lince* para o uso da mediação.

Nas lições de Caúla, Martins e Tôrres, o crime ambiental ocorrido em Mariana-MG culminará em consequências notoriamente negativas para o meio ambiente, além de se mostrar um típico caso de

²² ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. 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. 303. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²³ ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. 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. 303. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

gestão pública ambiental negligente, tendo em vista a expressiva contaminação atmosférica, facilmente notada nos solos e na água²⁴.

O Edital #RiodeGente de convocação para pesquisas independentes foi lançado pelo Greenpeace. O Instituto Saúde e Sustentabilidade foi contemplado na chamada pública que selecionou projetos de pesquisa que avaliassem e dimensionassem os impactos sociais e ambientais causados pelo rompimento de barragens de rejeitos de mineração ao longo da bacia do Rio Doce²⁵.

A pesquisa envolveu 507 indivíduos que responderam os questionários estruturados de autoavaliação em saúde e as necessidades de assistência local em saúde. O resultado revela que de todas as doenças que atingiram os moradores, o número afirmativo de acometimento por Ansiedade, Estresse e Depressão, juntos, representam 23% dos respondentes. Em relação aos sintomas emocionais, 83,4% os apresentam. A insônia é o mais frequente (36,9%, inclusive presente em 19% das crianças entre 6 a 13 anos.); seguido por preocupação ou tensão (21,7%); assustar-se com facilidade; alteração do humor, entre outros²⁶.

Além de doenças respiratórias, dados da pesquisa revelam:

²⁴ CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. A tragédia de Mariana como parâmetro da incerteza (precaução): ambiente e mineração — cara ou coroa? 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. 71-99. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ VORMITTAG, Evangelina da Motta Pacheco Alves de Araújo; OLIVEIRA, Maria Aparecida de *et al.* **Avaliação dos riscos em saúde da população afetada pelo desastre de Mariana**. Instituto Saúde e Sustentabilidade e Greenpeace. São Paulo, 2017. p. 7. Disponível em: https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua_Para_Quem/documentos/RelatorioGreenpeace_saude_RioDoce.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁶ VORMITTAG, Evangelina da Motta Pacheco Alves de Araújo; OLIVEIRA, Maria Aparecida de *et al.* **Avaliação dos riscos em saúde da população afetada pelo desastre de Mariana**. Instituto Saúde e Sustentabilidade e Greenpeace. São Paulo, 2017. p. 6. Disponível em: https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua_Para_Quem/documentos/RelatorioGreenpeace_saude_RioDoce.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

[...] Dos respondentes que referiram problemas de saúde desde o desastre, 56% afirmam terem deixado de realizar alguma de suas atividades habituais (afazeres domésticos, trabalhar, ir à escola etc.) e 49,5% chegaram a ficar acamados devido aos problemas de saúde²⁷.

A Fundação Renova é a entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem do Fundão, criada após a ratificação do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TAC), celebrado em março de 2016 pela empresa Samarco, Vale, BHP, a União, os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), o ICMBio, a ANA, dentre outros. Organização sem fins lucrativos cuja criação representa um importante passo no sentido de resolver os conflitos ambientais de formal amigável²⁸.

No ano de 2018 foi firmado o Termo de Ajustamento de Conduta Governança entre a Fundação Renova e suas mantenedoras, empresas Samarco, Vale e BHP com os ministérios e defensorias públicas federal e estadual (Minas e Espírito Santo) no qual as comunidades atingidas têm voz e voto, bem como participação nas decisões sobre os processos de reparação. De acordo com a política da Fundação Renova, as reparações civis são estabelecidas em sessões de mediação, em que se fará presente um representante da fundação, a vítima do impacto ambiental, assistida por advogado, e um mediador neutro, imparcial e independente, que irá facilitar o diálogo entre as partes envolvidas. “[...] o Programa de Indenização Mediada terá

²⁷ VORMITTAG, Evangelina da Motta Pacheco Alves de Araújo; OLIVEIRA, Maria Aparecida de *et al.* **Avaliação dos riscos em saúde da população afetada pelo desastre de Mariana.** Instituto Saúde e Sustentabilidade e Greenpeace. São Paulo, 2017. p. 68. Disponível em: https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua_Para_Quem/documentos/RelatorioGreenpeace_saude_RioDoce.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁸ FUNDAÇÃO RENOVA. **A Fundação.** Minas Gerais. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

escritórios ao longo da região diretamente impactada pelo rompimento, chamados de Centros de Indenização Mediada”²⁹.

A mediação é o instrumento onde as partes dialogam em busca de um acordo entre si. Há uma atuação paritária. O mediador é uma pessoa imparcial que apenas conduz a sessão. Não é possível perceber o membro do Ministério Público como uma pessoa neutra que vai mediar o conflito ambiental. Constitucionalmente ele tem o dever de zelar pelo interesse ambiental, sendo genuinamente um conciliador ou negociador. No entanto, as vítimas não são ouvidas, não opinam nos acordos firmados por Termo de Ajustamento de Conduta entre as autoridades públicas. Nessa senda, Barros, Caúla e Carmo lecionam

Equívocos em tratativas mediatórias podem gerar graves danos não só ao capital ambiental, mas a comunidades, culturas e a toda sociedade, de tal modo que elas não podem ficar desassistidas da proteção e fiscalização estatal, mesmo em se tratando de relação autocompositória. O Estado deve participar, interferindo em prol de um meio-termo ético.

2 Tutela coletiva e os desastres ambientais brasileiros

Desastres ambientais são mais rotineiros do que a população tem conhecimento. Isso porque nem todos tomam grandes proporções e por isso não são noticiados com a devida ênfase. O fato é que independente da gravidade afetam os direitos humanos de pessoas determinadas ou não, e, portanto, é necessário reparar seus danos, o que em geral, não é devidamente efetivado.

Os desastres ambientais mais graves no Brasil têm sido os que envolvem rompimentos de barragens. Isso porque são de grandes proporções e envolvem inúmeras pessoas, chegando a atingir

²⁹ FUNDAÇÃO RENOVA. **A Fundação**. Minas Gerais. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

coletividades indeterminadas, ou seja, não causam prejuízos somente aquelas pessoas diretamente atingidas.

Passados cinco anos do desastre da mineradora Samarco, a maioria das famílias ainda não recebeu indenização e seguem na espera pelas novas Comunidades de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, atingidas pelo rompimento da barragem, e seguem em construção em área fora de risco.

A cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, vivenciou, no dia 25 de janeiro de 2019, outro grave desastre ambiental – o rompimento de barragem com rejeitos de minério da empresa Vale, controlada pela Samarco, somando 270 mortes. Houve um aumento pela procura de tratamentos psicológicos, fisioterapêuticos, dentre outros. As indenizações devem incluir todo esse custo, mesmo que de maneira coletiva a todos os municípios.

Visto isso, tem-se a necessidade de tutelar coletivamente os interesses das populações afetadas em quaisquer que sejam as tragédias que demandem uma determinabilidade ou não de vítimas.

2.1 Efetividade da tutela coletiva no ordenamento brasileiro

O litígio coletivo é um conflito que envolve uma pluralidade de sujeitos que compõem um grupo ou uma sociedade, podendo alcançar várias localidades a depender da complexidade do conflito. Os sujeitos atingidos pelo determinado litígio coletivo nem sempre poderão ser identificados, razão pela qual há bastante dificuldade em buscar uma solução adequada ao conflito, no entanto, caso os sujeitos possam ser identificados, estes poderão buscar soluções individuais ou em conjunto, a depender do grupo de ação coletiva no qual se enquadrem.

Diante disso, o litígio coletivo demanda consequências processuais no momento em que diversos valores são afetados em níveis diferentes e causam uma conflituosidade, ainda mais quando

existem muitas ações com o mesmo objeto, nota-se então, uma dificuldade em solucionar o problema.

Segundo Edilson Vitorelli³⁰ o processo coletivo no Brasil não é tão eficaz quanto o processo individual, pois não traz soluções. Considerando também mais prejudicial em razão de o processo individual ser economicamente mais interessante tanto para a parte quanto para o advogado. Já o processo coletivo é mais lento e menos rentável.

No Brasil isso ocorre devido aos estudos serem mais voltados para o processo individual. Por mais que as ações coletivas proponham pedidos genéricos não há resultados práticos para esse tipo de pedido. Essa constatação torna ainda mais relevante o debate sobre os legitimados para que ocorra a mediação ambiental, a posição de neutralidade do mediador do conflito ambiental e a efetiva participação das partes do conflito. Em sede de tutela coletiva judicial não há dúvidas da legitimidade do ministério público. No entanto ele representa a coletividade e o magistrado decide a lide.

Com toda a comunidade de Bento Rodrigues destruída, com a contaminação do Rio Doce e conseqüentemente, a inviabilização das atividades econômicas a ele relacionadas, o desastre ambiental de Mariana deixou cidades inteiras com o abastecimento de água comprometido por duas semanas. Em decorrência disso, foi proposta uma primeira Ação Civil Pública pela União e pelos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, ainda no mês de novembro de 2015, objetivando a elaboração de um plano global de recuperação. Com 92 páginas, sendo 23 delas dedicadas a uma descrição ampla dos fatos, não é difícil imaginar a dificuldade para a sua efetividade.

Outras vinte Ações Cíveis Públicas foram ajuizadas pelo Ministério Público Federal e Estadual com a pretensão de incrementar

³⁰ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais, Ministério Público e tutela coletiva. **Escola Superior do MPPR**. 14 mar. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NrVLBOIeBtk>. Acesso em: 31 jan. 2021.

aos Municípios atingidos valores para ajudar a saúde da população, forçar o pagamento das multas e estabelecer auxílios emergenciais.

A primeira ação civil pública proposta resultou na homologação de um acordo coletivo que estabelece um teto a ser pago pelas empresas réis. Nota-se poucos resultados práticos de uma ação coletiva face a generalidade de pedidos que por vezes não resolve os conflitos, sendo necessário um melhor diálogo entre as vítimas dos danos e os causadores deles. Entrementes, no referido acordo supramencionado não foram ouvidas as pessoas atingidas, o que torna o acordo enfraquecido diante de informações imprecisas e a dispersão do dano, faltando então um equilíbrio processual.

Posteriormente, o Ministério Público Federal propôs uma nova Ação Civil Pública a fim de ampliar os valores das reparações proporcionalmente e garantir a participação das pessoas atingidas. O segundo acordo firmado no caso Samarco *versus* Mariana foi chamado de TAC-GOV (Termo de Ajustamento de Conduta Governança), determinou a construção de uma nova Bento Rodrigues, ainda não concluída. O TAC-GOV cria uma estrutura representativa que permite a participação dos legitimados coletivos e dos atingidos na formação das políticas de reparação, no qual foram adotadas assessorias técnicas para que os atingidos pudessem participar do desenvolvimento do processo. No entanto, a participação dos legitimados não necessariamente deve ocorrer por meio de audiência pública, tendo em vista em muitas delas ocorrerem em momentos inoportunos para a população.

Para o desastre ambiental na cidade de Brumadinho foram propostas 3 (três) Ações Cíveis Públicas, uma pelo estado de Minas Gerais, uma pelo Ministério Público e uma pelo Ministério Público do Trabalho. Passado um ano, a empresa Vale pagou um auxílio emergencial aos afetados. Entretanto, foram identificados erros quanto à lista de necessitados, uma vez que há pessoas recebendo auxílio sem que façam parte do grupo dos atingidos.

Diferentemente do que ocorrera em Mariana, a Defensoria Pública está à frente das vítimas de Brumadinho, objetivando uma indenização pelo menos em parte, de forma rápida e segura para um recomeço, obtendo êxito em mais de 250 acordos entre vítimas e a Vale, buscando também um amparo para a saúde de toda a população, como tratamentos psicológicos, fisioterapêuticos e outros em geral.

Segundo Edilson Vitorelli³¹ deve haver um momento certo para a propositura das ações coletivas, o qual denomina de “*timing*”, pois nem sempre a ação está madura para ser proposta, como ocorreu na primeira ação ajuizada no caso de Mariana. Isso reflete uma certa corrida ao processo coletivo, como aconteceu no caso de Brumadinho, quando foram propostas três medidas antecipatórias através de Ações Civis Públicas, sendo a maior parte das providências sem urgência.

Nota-se que a ideia é dar uma resposta tempestiva ao caso. A depender do “*timing*” o pedido pode ser mais claro e mais preciso, podendo haver melhor efetividade. Entretanto, a depender da necessidade de produção de provas poderá demandar um inquérito para que haja o acervo probatório, tornando a ação coletiva cada vez mais lenta.

É válido informar sobre os valores decorrentes de multas advindas de processos coletivos, estabelecidas pelo Poder Judiciário. Nem sempre é possível quantificar a dispersão do dano sofrido, sendo algumas pessoas mais atingidas do que outras, da mesma forma que o dano pode alcançar uma quantidade de pessoas indeterminadas, isto é, poderá ser, em aspectos processuais, uma tutela coletiva de direitos difusos. Desta maneira, o dinheiro pago como forma de indenização é destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, um fundo público de responsabilidade do Ministério Público, quando não é possível determinar nem quantificar o legitimado coletivo.

³¹ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais, Ministério Público e tutela coletiva. **Escola Superior do MPPR**. 14 mar. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NrVLBOIeBtk>. Acesso em: 31 jan. 2021.

Destaca-se que o dinheiro arrecadado pelas indenizações de tutelas coletivas tem como objetivo reparar as pessoas de maneira geral, mas comumente não é destinado para a finalidade da arrecadação. Percebe-se, então, que o fundo público ao não especificar ou traçar objetivos para a destinação do dinheiro que recebe, dificulta a efetividade das reparações coletivas, não do ponto de vista processual, mas do ponto de vista material, uma vez que os valores pagos para recomposições não chegam aos destinatários finais. Dito de outra maneira, poucas vítimas são verdadeiramente reparadas, algumas não recebendo nenhum tipo de indenização, somado ao declínio da economia do Município.

A não garantia de que a ocorrência de ações coletivas efetivamente promove a recuperação ambiental impede defender a autocomposição dos conflitos ambientais desde que haja a participação das vítimas nos acordos de modo a legitimá-las a convergirem por melhores soluções que sejam efetivas, aplicáveis e restauráveis.

2.2 Análise jurisprudencial sobre as tutelas ambientais

A posição dos Tribunais nacionais envolvendo conflitos ambientais tem como base o princípio da proporcionalidade, envolvendo também os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, o entendimento jurisprudencial no aspecto ambiental tem como objetivos a adequação dos meios apropriados para solucionar o litígio, a necessidade de uma medida restritiva menos gravosa e de equidade quanto à distribuição de ônus.

Posto isso, existem limites na atuação do poder público quando da proteção do meio ambiente, devendo ser sopesado o princípio da proporcionalidade a fim de proteger a garantia da propriedade, direito fundamental certificado pelo artigo 5º da Constituição de 1988.

As tutelas ambientais brasileiras, majoritariamente, envolvem casos que atingem uma coletividade, sabe-se também que o meio ambiente é um direito fundamental que engloba direitos difusos, em que não é possível determinar os sujeitos, tendo em vista ser um bem subjetivo pertencente a todas as pessoas, ou seja, um interesse transindividual de natureza indivisível.

Nota-se que o meio processual mais utilizado na tutela dos direitos metaindividuais no Brasil, principalmente envolvendo o direito ambiental, é a Ação Civil Pública – ACP, regulamentada pela Lei nº 7.347/1985, facilitando o acesso à justiça e diminuindo o distanciamento entre o Judiciário e a realidade social. Anteriormente não havia instrumento hábil para a defesa de interesses difusos, sendo o modelo adotado pelo sistema brasileiro bastante contemporâneo.

Com isso, faz-se mister entender a importância da ACP às tutelas coletivas que objetivam direitos difusos, pois facilitam a compreensão do direito metaindividual de forma efetiva, do mesmo modo que, por meio do seu processamento e julgamento, é possível a percepção tanto de obstáculos que impedem a transformação do sistema jurídico brasileiro, quanto dos atos que o impulsionam através das diversas interpretações realizadas pelo Poder Judiciário, bem como das mutações constitucionais, isto é, das viradas jurisprudenciais.

No Brasil, na responsabilidade civil pelo cometimento de danos ambientais é possível que o pedido da tutela coletiva seja pela condenação do causador do dano pagar recompor as lesões causadas ao meio ambiente e, não sendo possível, pague indenização em pecúnia. Diferentemente do regime brasileiro, no regime jurídico europeu estão abrangidos exclusivamente os danos à natureza em si mesma, conhecidos na doutrina portuguesa como danos ecológicos puros. Não estão jamais em causa, portanto, danos pessoais ou patrimoniais,

mesmo se resultantes de um fenômeno poluente, mas apenas a deterioração dos bens ambientais naturais³².

O legislador europeu cuidou dos danos ecológicos em si mesmos, enquanto fator de deterioração do ambiente *proprio sensu*, e não como instrumento de lesão da propriedade ou de bens de personalidade de quaisquer sujeitos (vd. considerando 14 da Diretiva 2004/35/CE). Não há lugar ao pagamento de indenizações ou compensações monetárias, mas sim ao custeio de medidas de reparação da natureza³³.

Conforme o enunciado da Súmula 629 do STJ: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou a de não fazer cumulada com a de indenizar”. Esse entendimento está consolidado desde 2010. Isso ocorre devido à finalidade da tutela coletiva do meio ambiente ser de evitar a degradação ambiental, mediante ações de recuperação *in natura* ou principais e acessória ou indenizatória. Denomina-se recuperação *in natura* as obrigações de fazer, quando se volta ao *status quo*, antes da degradação, e obrigação de não fazer, quando ocorrem antes da degradação, no sentido de impedir o réu de degradar.

³² ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAULA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 312. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³³ ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAULA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 312. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

Denomina-se então, recuperação acessória aquela em que é determinado um *quantum* indenizatório em pecúnia, visto grande parte dos processos em que há tutela ambiental não haver efetividade quanto à recuperação *in natura*, sendo, portanto, estabelecida a recuperação acessória. A permissão de cumulação de obrigação decorre do princípio da reparação integral do dano ambiental, vigente no sistema jurídico brasileiro e já tendo sido objeto de diversos recursos no STJ, em que a solução daqueles ocorreu baseada no princípio do *in dubio pro natura*, como exemplo o REsp 1.198.727, originado de uma Ação Civil Pública que pretendia a responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa no estado de Minas Gerais, com pedido julgado improcedente pelo juiz de primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça, sendo assim, desconsiderada a configuração de *bis in idem* da cumulação de pedidos de recuperação principal e acessória no Recurso Especial citado.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.727 - MG
(2010/0111349-9)

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de vegetação nativa (Cerrado). O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais

consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual. 2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*. 3. Ao responsabilizar-se civilmente o infrator ambiental, não se deve confundir prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer). 4. De acordo com a tradição do Direito brasileiro, imputar responsabilidade civil ao agente causador de degradação ambiental difere de fazê-lo administrativa ou penalmente. [...]. 6. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao status quo ante (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, ordinariamente, em indenização. [...]. 8. A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo. [...]. 13. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros). 14. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em

tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum debeatur.

De acordo com o Resp 1.198.727 – MG percebe-se a distinção entre três esferas, criminal, civil e administrativa. De modo que a absolvição na esfera criminal não imputa a também absolvição perante as demais esferas, assim como se ocorrer absolvição com as esferas civil e administrativa. Ademais, a condenação do réu poderá ser simultânea entre as obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, não configurando *bis in idem*, porque a indenização põe foco apenas uma parcela da reparação, posto que o dano ainda trará efeitos futuros. Cabe ressaltar que a responsabilidade civil, isto é, voltar ao *status quo*, não deve excluir o dever de indenizar, entretanto, se o bem for restaurado, segundo essa jurisprudência, não há mais necessidade de indenização. Assim, a não cumulação de obrigações visa diminuir o prejuízo ecológico e a recuperação do patrimônio ambiental, salvaguardando a fauna e a flora, além de reembolsar os valores das atividades degradantes a coletividade e ao patrimônio público.

Conforme exposto, havendo a cumulação de recuperação do dano ambiental é válido salientar que tais obrigações possuem natureza *propter rem*, ou seja, são híbridas, no sentido de os direitos patrimoniais ou reais acompanharem a coisa, transmitindo-se assim ao novo adquirente. Neste sentido, preceitua o enunciado da Súmula 623 do Superior Tribunal de Justiça: “As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”. Assim, a tutela coletiva pode ser objetivada em face dos réus a que a Súmula se refere de forma conjunta ou não, tendo em vista a responsabilidade ser objetiva, baseada no risco. No entanto, apesar de haver solidariedade entre os réus, para maior efetividade da obrigação ambiental, é mais

comum que a tutela seja em face do atual proprietário ou possuidor, uma vez que há mais facilidade quanto a sua localização.

A Súmula 467 do STJ dispõe: “Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental”. No entanto, entende-se que o dano ambiental não prescreve, pois não deve haver a confusão entre a obrigação de reparar o dano ambiental (imprescritível) e a cobrança de execução da dívida ambiental (prescritível em cinco anos).

Com base na responsabilidade civil ambiental há possibilidade de o dano moral ambiental coletivo ser compensado em favor da coletividade. Percebe-se que os danos em tutela coletiva ambiental possuem vasta repercussão, tendo em vista o meio ambiente ser tanto um direito fundamental quanto um bem público, isto é, comovem toda a população, gerando então uma maior preocupação em repará-los, e conseqüentemente, impõem uma conscientização coletiva, com a finalidade de resguardar as futuras gerações. Finalmente, os danos em tutelas ambientais envolvendo coletividades, especificamente quanto aos interesses difusos atingem direitos de personalidade, não havendo necessidade de demonstração de indignação da coletividade, isso porque o dano em si gera a condenação em danos morais coletivos, havendo a possibilidade de cumulação tanto de obrigações quanto de indenizações pecuniárias, seja por dano moral ou material.

No Brasil – muito por força da jurisprudência – tem vindo a ganhar consistência a chamada teoria do risco integral. No Direito Europeu do Ambiente certas causas de exclusão vigoram e podem ser invocadas para afastar a responsabilidade do operador, consoante dispõe a Diretiva 2004/35/CE³⁴. Tiago Antunes pondera

³⁴ ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal

Poderá parecer irônico, mas é justamente nas hipóteses de incomensurabilidade dos danos que mais sentido faz ponderar a limitação da responsabilidade. Até porque, perante danos hiperbólicos, a previsão de uma responsabilidade ilimitada – conduzindo, no imediato, à falência do operador responsável – poderá revelar-se não só vã, como até contraproducente.

O pensamento do jurista português só reforça o cuidado na tomada de decisão dos conflitos ambientais (judicial ou autocompositiva). Deixar o estado juiz decidir não parece ser um caminho ambientalmente democrático. Todos os atores envolvidos – vítimas e poluidores – devem fazer parte da construção de um possível consenso ambiental.

Considerações Finais

A pesquisa remete às seguintes considerações:

1. No Brasil a violação ao direito ao meio ecologicamente equilibrado tem sua rotina própria. E nesse cenário a mediação deve ser analisada com olhos de *lince*. Enquanto instrumento de resolução de conflitos entre privados – que mantêm uma relação preestabelecida – a mediação é absolutamente apropriada e aplicável. Entretanto, conflitos ambientais envolvem sujeitos indeterminados que sequer se conhecem.

2. Os danos que levam a diversos conflitos são por vezes irreparáveis, ou seja, a complexidade é o ponto nevrálgico dos meios alternativos e judiciais de solução de conflitos. A responsabilidade civil que surge em decorrência do dano ambiental é objetiva e a obrigação de reparação dos danos é *propter rem*, independentemente

de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 315. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

de qualquer indagação a respeito da boa-fé do adquirente, sendo imprescritível a pretensão reparatória.

3. Outro ponto a ser observado é o fato de que nos conflitos familiares (alimentos, divórcio, guarda, direito de convivência) são as partes que decidem. Não há como os mediandos familiares deixarem de atuar em nome do próprio bem-estar e harmonia. Diametralmente, os conflitos ambientais apresentam uma peculiaridade: as vítimas do(s) conflito(s) não protagonizam o acordo. Tomam lugar o Ministério Público e a Defensoria Pública, em posição de parcialidade, pois detém o dever de defender os interesses ambientais. Surge a indagação: é possível admitir que há mediandos e mediadores ambientais?

4. Tomar posição favorável ou contra à mediação como instrumento autocompositivo dos conflitos ambientais exige algumas ponderações a começar pela análise da Lei nº 13.140/2015. Sua ementa estabelece a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. No entanto, abre espaço quando especifica a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O legislador abre espaço para que a lei seja aplicada às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares.

5. Sobre a autocomposição de conflitos que envolva pessoa jurídica de direito público a referida lei estabelece que os entes da federação poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para celebrar Termo de Ajustamento de Conduta.

6. O princípio da confidencialidade entra em colisão com os interesses ambientais que devem ser publicizados. Por seu turno, no Termo de Ajustamento de Conduta não prevalecem os princípios da autonomia da vontade e da isonomia das partes, bem como não há imparcialidade do mediador caso este seja um membro do Ministério Público ou Defensor Público.

7. A Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais criou o Núcleo de Negociação de Conflitos Ambientais (NUCAM), sob as diretrizes da resolução PGJ nº 106/2012, com competência para articular e orientar a atuação do Ministério Público na mediação e negociação de conflitos ambientais complexos, envolvendo empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental. Urge salientar que a negociação foi elegida como meio adequado de solução de conflitos ambientais.

8. Após o desastre ambiental da mineradora Samarco foi instituída a Fundação Renova em março de 2016, a partir de um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TAC) que define o campo de atuação, a longo prazo, de 42 programas que se desdobram em projetos implementados nos 670 km de área impactada ao longo do Rio Doce e seus afluentes.

9. Ainda nesse contexto, em 2017 na cidade de Mariana foi instalado um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, unidade do Poder Judiciário especializada em atendimento ao público para a solução consensual de conflitos e orientação nas matérias relativas à cidadania. Na realidade, o Estado quer dizer à sociedade que está no controle e irá resolver.

10. Não se pode negar a complexidade da tutela coletiva agravada por um Código de Processo Civil cheio de lacunas, voltado para o direito privado. O legislador foi inábil em negligenciar um capítulo específico sobre a tutela judicial ambiental. Por outro lado, admitir a possibilidade de mediação ambiental implica na necessidade de uma adequação dos princípios da mediação com as especificidades do direito ambiental, o que exigirá alteração na Lei nº 13.140/2015 para inserção de um capítulo sobre os procedimentos da mediação ambiental. Não ocorrendo a alteração, opinamos pela utilização da conciliação e negociação como instrumentos adequados às controvérsias ambientais.

Referências

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. **Mediare**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://mediare.com.br/mediacao-e-conciliacao-dois-paradigmas-distintos-duas-praticas-diversas/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ANTUNES, Tiago. E se o Rio Doce ficasse na Europa? Análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu da responsabilidade por danos ambientais. 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. 297-317. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial - Conceitos, modelos e instrumentos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROS, Ana Meire Vasconcelos; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. Desequilíbrios de poder entre os mediandos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 267-289, set./dez. 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/issue/view/41>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato20152018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 16 ago. 2019.

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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 623**. As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 467**. Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <https://scon.stj.ius.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20AMBIENTAL%27.mat.#TIT5TEMA0>.

Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 629**. Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://scon.stj.ius.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20AMBIENTAL%27.mat.#TIT4TEMA0>. Acesso em: 10 maio.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 1198727 MG**. Administrativo. Ambiental. Ação Civil Pública. Desmatamento de Vegetação Nativa (Cerrado) sem autorização da autoridade ambiental. Danos causados à biota. Interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, §1º, da Lei 6.938/1981, e do art. 3º da Lei 7.347/85. Princípios da reparação integral, do poluidor-pagador. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de pagar quantia certa (indenização). Reduction ad pristinum statum. Dano Ambiental intermediário, residual e moral coletivo. Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Interpretação in dubio pro natura da norma ambiental. Relator: Min. Herman Benjamin, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <https://stj.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/23530894/recurso-especial-resp-1198727-mg-2010-0111349-9-stj>. Acesso em: 15 maio 2020.

CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. A tragédia de Mariana como parâmetro da incerteza (precaução): ambiente e mineração — cara ou coroa? *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. 71-99. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

DRUMMOND, Maria Rita de Carvalho. Mediação no sistema da Common Law- o desenvolvimento da mediação comercial nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

FUNDAÇÃO RENOVA. **A Fundação**. Minas Gerais. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

KLUNK, Luiza. **Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança**. Curitiba: Juruá, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Procuradoria Geral de Justiça. Ministério Público de Minas Gerais. **Resolução PGJ nº 106, de 6 de dezembro de 2012**. Institui, na estrutura do CAOMA, o Núcleo de Negociação de Conflitos Ambientais (NUCAM) e dispõe sobre suas atribuições. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C67C-28-res_pgj_106_2012.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos-aprimoramento das discussões conceituais. *In*: SALES, Lilia Maia

de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extrajudiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

VEZZULA, Juan Carlos. A transformação do poder judicial e sua relação com a mediação de conflitos. *In*: SALES, Lilia Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo (org.). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 61-81.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais, Ministério Público e tutela coletiva. **Escola Superior do MPPR**. 14 mar. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NrVLBOIeBtk>. Acesso em: 31 jan. 2021.

VORMITTAG, Evangelina da Motta Pacheco Alves de Araújo; OLIVEIRA, Maria Aparecida de *et al.* Avaliação dos riscos em saúde da população afetada pelo desastre de Mariana. **Instituto Saúde e Sustentabilidade e Greenpeace**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.greenpeace.org.br/hubfs/Campanhas/Agua Para Quem/documentos/RelatorioGreenpeace saude RioDoce.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Limites planetários e os desafios da descarbonização: as perspectivas da “força normativa” do Acordo de Paris no Pós-Pandemia da COVID-19*

Planetary limits and the challenges of decarbonisation – the normative force perspectives of the Paris agreement in the Post Pandemic of COVID-19

Aline Damasceno Barbosa**

Bleine Queiroz Caúla**

Elizeide Santiago Martins**

Resumo: A pesquisa propõe-se analisar os limites planetários e os desafios da descarbonização que todas as nações enfrentam e as perspectivas da “força normativa” do Acordo de Paris no Pós-Pandemia da COVID-19. A acidificação dos oceanos, resultado do aumento das emissões de gás carbônico (CO₂), vem causando uma mudança no equilíbrio químico do sistema carbonato e uma consequente diminuição do pH nos oceanos, prejudicando o ecossistema das espécies marinhas. Essas emissões têm aumentado ao longo dos últimos 200 anos, principalmente devido à intensificação da industrialização e agricultura. Nos últimos 3 anos estudos revelam que os resultados de investimentos em

* A autoria do texto lapidado à seis mãos obedeceu a ordem alfabética.

** Graduada em Direito (UNICHRISTUS) e Pós-Graduada em Mediação e Gestão de Conflito (UNIFOR) e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (SATE). Graduada em Pedagogia pela Universidade Vale do Acaraú (UVA). E-mail: alinedamascenob@gmail.com.

** Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Leciona a disciplina de Direito Ambiental desde o ano de 2011. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. Instagram: @bleinequeiroz.

** Possui Pós-Graduação em Mediação e Gestão de Conflitos e é Pós-Graduada em Direito, Processo e Planejamento Tributário (UNIFOR). Além de graduação em Direito (UNIFOR), Ciências Contábeis e em Licenciatura Plena em Pedagogia (UVA). E-mail: elizeidemartins@gmail.com.

energias renováveis vêm provocando uma redução, de forma considerável, nas emissões de gases oriundos de combustíveis fósseis na atmosfera. Em relação aos aspectos metodológicos para compreensão do tema recorreu-se à pesquisa bibliográfica com uso de referências teóricas, como o uso de livros, artigos científicos, monografias e dados estatísticos. Conclui-se que as recomendações científicas é pelo estabelecimento imediato de novas ações para uma redução global significativa de modo a prevenir piores danos além dos já diagnosticados. Os Estados não negam os problemas ambientais, mas também não solidificam as metas acordadas. Afinal são metas e não normas.

Palavras-Chave: Limites Planetários. Acordo de Paris. Acidificação dos Oceanos. Descarbonização. Ecossistema Marinho.

Abstract: The research aims to analyze the planetary limits and the challenges of the decarbonisation the nations face and the perspectives of the “normative forces” in the Paris Agreement in the Post Pandemic of COVID-19. The acidification of the oceans, consequence of the carbon emissions, has caused a change in the carbonate system chemical balance and a consequent Ph decrease in the oceans, damaging the ecosystem of the marine life. These emissions have increased over the past 200 years due the growth of industrialization and agriculture. In the last 3 years studies show the results of investments in renewable energies sources causing significant reduction of the fossil fuel emissions in the atmosphere. About the methodological aspects to understand the theme, bibliographic research was used with the help of theoretical references such as books, scientific articles, monographs and statistical data. It is concluded that the scientific recommendations for immediate actions to avoid damage beyond those diagnosed. Although countries do not deny the environmental problems, they do not apply the agreed goals. After all they are goals not standarts.

Keywords: Planetary limits. Paris Agreement. Oceans acidification. Marine ecosystem.

Introdução

O artigo apresenta um estudo científico, realizado pelo de Centro de Resiliência de Estocolmo, em atividade conjunta com a Australian National University e a University of Copenhagen, que revela os limites planetários e os desafios da descarbonização que todas as nações enfrentam. Deles resultam as perspectivas da “força normativa” no Acordo de Paris no Pós-Pandemia da COVID-19. O texto não apresenta dados sobre a Pandemia, todavia ignorá-la como problema de gravosa repercussão ambiental, seria irresponsável sob vários pontos de vista.

Os “Limites Planetários” são um sistema conceitual criado por Joan Rockström¹ e outros cientistas do Centro de Resiliência da Universidade de Estocolmo e representam nove fronteiras biológicas e geoquímicas de segurança para a humanidade, isto é, que não devem ser ultrapassadas pelas ações humanas, sob pena de se colocar em risco a vida no planeta tal qual a conhecemos, incluindo a humanidade.

No entanto, estudos recentes revelaram que quatro desses limites já foram ultrapassados: mudança climática, taxa de extinção de espécies, mudanças nos ciclos biogeoquímicos do fósforo e nitrogênio e acidificação dos oceanos.

A ultrapassagem desses limites, que são interligados, tem trazido consequências diretas para o bem-estar da humanidade, desencadeando modificações ambientais. A emissão excessiva de CO₂ vem provocando, além do efeito estufa, a chamada “acidificação dos oceanos”, que significa a diminuição do Ph da água nos mesmos e consequente aumento da sua acidez em razão da absorção, pelos oceanos, de parte do CO₂ emitido pelas atividades humanas.

¹ ROCKSTRÖM, Johan *et al.* A safe operating space for humanity. **Nature**, v. 431, p. 472/475, set. 2009. Disponível em: https://netzwerkn.org/wpcontent/uploads/2017/04/0_Rockstr%C3%B6m-et-al-2009-A-safe-operating-space-for-humanity.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

O fenômeno da acidificação dos oceanos relaciona-se com vários outros limites planetários, principalmente a mudança climática, mas constitui ele próprio um limite planetário dentro do modelo conceitual acima citado; a sua ultrapassagem acarreta consequências gravíssimas para os ecossistemas marinhos e para as economias de regiões que dependem da pesca.

A comunidade científica revela ainda que nos últimos três anos, investimentos em energias renováveis vêm proporcionando uma redução na emissão de gás carbônico na atmosfera e em determinadas áreas será possível uma redução intensa em escalas planetárias. Por isso, foi proposto um plano de ação com metas em seis marcos científicos para serem atingidos até 2020, cujos principais indicadores são: energia, infraestrutura; transporte; terra; indústria e finança. A partir desses aspectos, buscou-se analisar quais os limites planetários, os desafios, os efeitos da acidificação oceânica e as metas para descarbonização.

Neste sentido o objetivo geral da presente pesquisa é entender os principais desafios enfrentados pelos limites planetários, por consequência dos problemas decorrentes do CO₂ e a aplicação da descarbonização como forma de amenizar o aquecimento global, atrelado à problemática de como reduzir os efeitos do gás carbônico e a redução de suas taxas até 2020.

Em relação aos aspectos metodológicos, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, com uso de referências teóricas para compreensão do tema, como o uso de livros, artigos científicos, monografias e dados estatísticos.

O artigo possui quatro seções. Na primeira foram analisados os limites planetários no que diz respeito os desafios enfrentados, sua definição no quadro das nove fronteiras ambientais e a participação da pluralidade da sociedade para implementação da sustentabilidade no planeta. A segunda abordou a acidificação dos oceanos em decorrência do gás carbônico e o mal que isso acarretará no futuro próximo ao desenvolvimento sustentável. Na terceira buscou-se o caminho necessário para limitar o aquecimento global, com o auxílio da descarbonização. A

quarta seção aborda o Acordo de Paris e a Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) do Brasil no Acordo de Paris. Por fim, são apresentadas as considerações finais da pesquisa.

1 Limites planetários: quais os desafios?

Os limites planetários são definidos como um quadro com nove fronteiras ambientais que não podem ser ultrapassadas para que se possa viver em um espaço terrestre considerado seguro. São imperativas as ações humanas visando uma proteção ao meio ambiente para que seja garantido o bem-estar do planeta. O desafio se deu a partir do diagnóstico feito por um grupo de cientistas, em 2009, liderado por Johan Rockström², do Stockholm Resilience Centre, na Suécia e Will Steffen³, da Universidade Nacional Australiana.

A equipe de pesquisadores chamou atenção da comunidade internacional ao propor uma nova abordagem ambiental voltada para uma visão sistêmica das condições em que se encontrava o planeta, prevendo que o cruzamento dessas fronteiras poderia ter consequências desastrosas para a humanidade. Os desafios impõem ações globalizadas de maneira que, o grau de exploração terrestre seja suportável pelo

² Johan Rockström é um cientista reconhecido internacionalmente por seu trabalho em questões globais de sustentabilidade. Ele ajudou a liderar a equipe de cientistas de renome internacional que apresentou o quadro de fronteiras planetárias, publicado pela primeira vez em 2009, com atualização em 2015. As nove fronteiras planetárias apresentadas no quadro são fundamentadas na manutenção de um “espaço operacional seguro para a humanidade”. Este quadro foi adotado como uma abordagem para o desenvolvimento sustentável e tem sido usado para ajudar os governos, organizações internacionais, ONGs e empresas a considerar o desenvolvimento sustentável.

³ Will Steffen é Professor emérito da Fenner School of Environment and Society, da Universidade Nacional Australiana (ANU), Canberra. Ele também é Conselheiro com o Independent Climate Council of Australia. Os interesses de investigação de Will abrangem uma ampla gama dentro do campo da ciência do Sistema da Terra, com ênfase na sustentabilidade global integrando as dinâmicas da Terra e do mundo, as fronteiras planetárias e o Antropoceno.

planeta. Carla Amado Gomes menciona que na Resolução do *Institut de Droit International* adotada no seio da oitava comissão, na sessão de Estrasburgo, de 1997, teve realce a “criação de uma entidade internacional, um Alto Comissário para o Ambiente, que tenha por missão monitorizar as operações de reparação de dano ecológico em áreas fora de jurisdição” (artigo 28)⁴.

Carla Amado Gomes⁵ leciona sobre a busca da responsabilidade internacional dos Estados por dano ecológico. Da Conferência de Estocolmo, 1972, surge o princípio da responsabilidade por dano ambiental transfronteiriço (Princípio 21 / 2ª parte da Declaração). A Diretiva europeia 35/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, se estabelecem critérios específicos de reparação de danos ecológicos. Entrementes, se aplica apenas no espaço da União Europeia (territórios dos seus Estados membros).

A autora portuguesa⁶ adverte que nas décadas seguintes à Conferência de Estocolmo houve uma explosão normativa no plano do Direito Internacional do Ambiente: Convenção de Viena e Protocolo de Montreal, exemplos de sucesso, e “muitos fracassos – sendo o mais paradigmático o da luta contra as alterações climáticas”. E complementa:

A compatibilização entre a vocação universalista da protecção ambiental vai, no entanto, enfrentar um implacável adversário na vocação nacionalista da soberania permanente sobre os recursos naturais sitos em território estatal⁷.

⁴ GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente**: uma abordagem temática. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 300-301.

⁵ GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente**: uma abordagem temática. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 269-273.

⁶ GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente**: uma abordagem temática. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 274.

⁷ GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente**: uma abordagem temática. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 277.

1.1 Nove fronteiras planetárias

De acordo Steffen et al. estimativas de como as diferentes variáveis de controle para sete fronteiras planetárias mudaram de 1950 até o presente. A pesquisa é divulgada pelo Centro de Resiliência de Estocolmo, em atividade conjunta com a Australian National University e a University of Copenhagen, ano referência 2015⁸. O objetivo é promover a compreensão científica sobre as fronteiras planetárias e suas implicações para a sustentabilidade global.

1. Mudanças climáticas – que consiste nas ações humanas que provocam o acelerado ritmo de emissões de gases com efeito estufa. Isso causa o aquecimento global;
2. Acidificação dos oceanos – o gás carbônico lançado na atmosfera deixa os oceanos mais ácidos. Esse fenômeno prejudica as espécies de vida marinha;
3. Destruição do ozônio estratosférico – a camada de ozônio protege o planeta dos raios ultravioletas. Sua destruição, por meio dos clorofluorcarbonetos, vem provocando um buraco que prejudica a saúde humana;
4. Mudança do sistema terrestre e da alteração de ciclos biogeoquímicos – causada por fósforo e nitrogênio, a partir do uso de fertilizantes químicos, que contaminam lavouras, rios e mares, com danos irreparáveis;
5. Uso excessivo de água potável – a escassez de água em decorrência do desperdício vem provocando muita crise nos últimos tempos;

⁸ STOCKHOLM RESILIENCE CENTRE. **Os nove limites planetários**. 2015. Disponível em: <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/planetary-boundaries/about-the-research/the-nine-planetary-boundaries.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

6. Uso da terra – o mal-uso da terra para o cultivo de alimentos, pastoreio, pastagem, produção de madeira, transformação de floresta em cidades tem aumentado significativamente a emissão de CO₂. Agravando a degradação terrestre e o aquecimento global em decorrência do carbono que retorna a atmosfera depois da derrubada das árvores;
7. Biodiversidade – os milhões de espécies que contribuem de forma significativa para a vida no planeta, ecossistema e produtividade estão ameaçadas em virtude da ação humana;
8. Aerossol atmosférico – partículas de aerossóis são lançadas no ar pelas queimadas de carvão, biomassa, óleo diesel, entre outros. Consequências significativas desse impacto reflete no clima, vitimizando seres humanos;
9. Poluição química – é extremamente nociva aos seres humanos. A indústria usa muita água e terra no seu processo produtivo adicionando grande quantidade de poluentes ao meio ambiente.

A pesquisa demonstra que esses nove processos regulam a estabilidade planetária, de modo a influenciar na interação do homem com o meio ambiente. “A ciência mostra a resiliência do Sistema da Terra - as interações da terra, do oceano, da atmosfera e da vida que juntos proporcionam condições das quais nossas sociedades dependem”⁹.

Um dado que chama atenção foi a publicação feita pela revista Science, em 2015. Impulsionadas pela atividade humana, quatro (mudança climática, perda de integridade da biosfera, mudança do sistema terrestre, ciclos biogeoquímicos alterados - fósforo e

⁹ RICHARDSON, Katherine. Planetary Boundaries - an update. **Stockholm Resilience Centre**, 15 jan. 2015. Disponível em: <http://www.stockholmresilience.org/research/research-news/2015-01-15-planetary-boundaries---an-update.html>. Acesso em: 19 jul. 2017.

nitrogênio) das nove fronteiras foram ultrapassadas. Dessas, duas (mudanças climáticas e integridade da biosfera) são consideradas pelos cientistas como essenciais para o sistema terrestre.

Sachs¹⁰ afirma que o rompimento dos sistemas físicos de água e da biodiversidade, destrói os oceanos e as grandes florestas tropicais. “Se continuarmos nesse caminho, que certamente está mudando o clima da terra, nós enfrentaremos graves perigos”. Já Will Steffen¹¹, diz que “é difícil superestimar a escala e a velocidade da mudança. Em uma única vida, a humanidade tornou-se uma força geológica à escala planetária”.

A participação plural dos mais diversos setores da sociedade são essenciais para o múltiplo e complexo desafio da implementação do desenvolvimento sustentável e para a luta contra mazelas econômicas, sociais e, especialmente, ambientais. O estudo demonstra que cada país deve assumir a responsabilidade de estabelecer políticas voltadas para um desenvolvimento sustentável.

2 Acidificação dos oceanos: uma decorrência do CO₂

Acidificação oceânica é um dos Limites Planetários, que consiste na designação dada a uma fração de CO₂ absorvida pelo mar. Ou seja, a queima excessiva de combustíveis fósseis acumulando parte do gás na atmosfera – provocando o aumento da temperatura – enquanto a outra parte é absorvida pelos mares em um processo que diminui o pH natural da água e o estado de saturação do mineral de carbonato¹².

¹⁰ SACHS, Jeffrey. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015.

¹¹ STEFFEN, Will. The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature? **Ambio**, v. 36, n. 8, p. 614-621, dec. 2015. Disponível em: https://www.pik-potsdam.de/en/news/public-events/archiv/alter-net/former-ss/2007/05-09.2007/steffen/literature/ambi-36-08-06_614_621.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

¹² Letícia Cotrim da Cunha é professora, pesquisadora e oceanógrafa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Apoios: Auxílio Básico à Pesquisa (APQ 1) e acordo de Cooperação Bilateral FAPERJ / Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG),

Isso significa aumento da acidez decorrente da reação do contato com a água causada pelo dióxido de carbono atmosféricos (CO₂). As consequências dessas reações químicas são refletidas nos organismos marinhos afetando de uma ponta a outra do oceano muitas espécies calcificantes, que apresentam taxas reduzidas de calcificação e aumento da taxa de fixação de carbono em organismos fotossintéticos.

Para a oceanógrafa Letícia Cotrim da Cunha¹³ é importante “compreender como a concentração das formas de carbono inorgânico dissolvido impacta os diversos ecossistemas marinhos brasileiros, e, assim, entender melhor os processos biogeoquímicos e a influência antropogênica nas trocas de CO₂ entre o mar e a atmosfera nos ambientes costeiros”.

Os seres humanos continuam a adicionar grandes quantidades de dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera, por meio de combustíveis fósseis e outras atividades. Esses movimentos têm consequências potencialmente graves para a vida marinha. Os resultados permitem avaliar a atual perturbação antropogênica no contexto da história da Terra¹⁴.

firmado com a Alemanha. Rio pesquisa - nº 35 - Ano VIII. HOMERO, Vilma. Pesquisadores da Uerj investigam acidificação dos oceanos.

¹³ No final de 2015, a equipe do BrOA juntou-se à recém-criada Rede Latino-Americana para a Acidificação dos Oceanos - LAOCA, que inicialmente conta com a participação de seis países, além do Brasil: Chile, Argentina, Peru, Equador, Colômbia e México, com o objetivo de realizar ações conjuntas no sentido de apoiar de forma cooperativa a pesquisa científica entre os países participantes, nos ambientes costeiros e marinhos, desde recifes de corais até fiordes e geleiras da Patagônia.

O grupo integra pesquisadores brasileiros em uma ampla rede nacional de cooperação interdisciplinar em estudos de Acidificação dos Oceanos, além de contribuir com os programas internacionais em curso (e.g. LAOCA, GOA-ON). Atua em ambientes distintos ao longo da costa brasileira, desde ecossistemas costeiros e estuarinos até o regime oceânico de águas abertas. Mais informações sobre a pesquisa podem ser encontradas no artigo *The Western South Atlantic Ocean in a High-CO₂ World: Current Measurement Capabilities and Perspectives*, assinado pelos pesquisadores Kerr, R.; Cunha, Letícia Cotrim da, Kikuchi, R. K. P., Horta, P. A.

¹⁴ ZEEBE, Richard E. History of Seawater Carbonate of Atmospheric Chemistry of CO₂, and acidification of the oceans. **Annual Reviews of Planetary Sciences and**

A indústria pesqueira e de frutos do mar movimentam bilhões de dólares. A acidificação oceânica vem causando uma reação de impactos sobre a cadeia alimentar que ameaçará a segurança alimentar de milhões de pessoas dentre os mais pobres do planeta. Podendo afetar a maioria das regiões oceânicas. É possível que os recifes de corais sejam particularmente afetados pelo impacto combinado entre as temperaturas da água mais elevadas, que acarretam em seu branqueamento e a acidificação oceânica, além do turismo, a segurança alimentar e a biodiversidade¹⁵.

Vilma Homero¹⁶ publicou, em 5 de abril de 2016, reportagem da pesquisa realizada sobre a acidificação dos oceanos, realizada por pesquisadores da Faculdade de Oceanografia da UERJ. Os estudos revelam que algumas regiões brasileiras são bastantes sensíveis à acidificação. Recifes de corais e algas coralinas predominam na plataforma continental de Abrolhos, no sul da Bahia, até o norte do Estado do Rio de Janeiro. As áreas costeiras, que normalmente são bastantes povoadas - onde os rios desembocam no mar – geralmente recebem um grande volume de material orgânico, vindo de esgoto não tratado. Essa degradação ambiental acelera a produção de CO₂, agravando a acidificação.

Se o pH da água é reduzido, certos organismos, com estruturas constituídas à base de carbonato de cálcio, como algas calcárias, corais e animais com conchas, como os bivalves, são os primeiros prejudicados: crescem

Earth, v. 40, may 2012, p. 141. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-earth-042711-105521>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁵ HOMERO, Vilma. Pesquisadores da Uerj investigam acidificação dos oceanos. *In: Instituto Humanista Unisinos*, 6 abr. 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/553230-pesquisadores-da-uerj-investigam-acidificacao-dos-oceanos>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁶ HOMERO, Vilma. Pesquisadores da Uerj investigam acidificação dos oceanos. *In: Instituto Humanista Unisinos*, 6 abr. 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/553230-pesquisadores-da-uerj-investigam-acidificacao-dos-oceanos>. Acesso em: 18 out. 2020.

menos e mais lentamente, podem apresentar dificuldade na reprodução e, em casos mais acentuados, sofrer dissolução de parte de sua estrutura calcária¹⁷.

Como a escala é logarítmica, qualquer diminuição, por mais que pareça insignificativa, representar variações de acidez de grandes dimensões. Estudos preliminares apontam que a acidificação dos oceanos afeta diretamente organismos como mariscos, algas, corais, plânctons e moluscos. Afeta também o cultivo comercial de organismos sensíveis como as ostras e mexilhões, interferindo na distribuição das espécies.

Com o aumento contínuo das emissões antropogênicas de CO₂ para a atmosfera, por meio da queima de combustíveis fósseis - carvão, petróleo e gás natural - produção de cimento e queimadas, a concentração desse gás no ambiente, elevam-se a níveis de 40%¹⁸.

Estima-se que até 2100, cerca de 70% dos corais de águas frias estarão expostos a águas corrosivas. Os organismos calcificadores, por se tratar de consumidores primários, formam a base da cadeia alimentar marinha, servindo como fonte de alimento para peixes e baleias. Seu desaparecimento ou redução poderá condicionar em grande escala a existência de outras espécies e em última instância contribuir para um futuro desequilíbrio socioeconômico da produção mundial de pesca e aquicultura¹⁹.

¹⁷ CUNHA, Leticia Cotrim da. Efeito estufa afeta também os oceanos. **Rio Pesquisa**, v. 35, n. 8, p. 14/16, 2016. Disponível em: http://www.meioambienteuerj.com/imgs/conteudos/arquivos/uerj_efeito_estufa_afeta_tb_oceanos_318.pdf. Acesso em: 22 jul. 2017.

¹⁸ HATJE, Vanessa; COSTA, Mônica Ferreira da; CUNHA, Leticia Cotrim da. Oceanografia e química: unindo conhecimentos em prol dos oceanos e da sociedade. **Revista Química Nova**, v. 36, n. 10, p. 1497-1508, 2013.

¹⁹ SILVEIRA, Camila Brasil Louro da; FERREIRA, Beatrice Padovani; COXEY, Mariana S. Variação temporal nos recifes de corais de Maragogi, APA Costa dos Corais (2010-2013). **Tropical Oceanography**, Recife, v. 42, n. 2, p. 208-225, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/TROPICALOCEANOGRAPHY/article/view/5816>. Acesso em: 19 out. 2020.

A indústria de recreação ligada ao turismo e mergulho depende dos corais, assim como a pesca artesanal em várias partes do mundo. Os corais fornecem outros serviços importantes, como a proteção dos litorais, a ciclagem de nutrientes e a absorção de carbono. Quando pequenos organismos oceânicos morrem, as suas conchas afundam até o leito, armazenando o carbono por um longo período. Isso constitui parte da bomba de carbono e, com as conchas mais leves, menor será a transferência de carbono que irá para os oceanos profundos²⁰.

Os custos da estabilização do CO₂ atmosférico podem ser evitados. Uma tecnologia de ponta, pode estabilizar os impactos negativos no presente e no futuro. Para o ecossistema é possível estimar os custos do serviço proporcionado pela bomba de carbono dos oceanos a preço de mercado na faixa de US\$ 20 a US\$ 200 por tonelada de carbono. O consumo de CO₂ pelos oceanos representa um subsídio anual entre US\$ 40 a US\$ 400 bilhões à economia global, ou 0,1 a 1% do Produto Mundial Bruto.

Importante ressaltar que a acidificação não se limita aos problemas ambientais. Outros como: aquecimento oceânico, desoxigenação oceânica, acúmulo crescente de detritos marinhos, descargas de poluição tóxica (efluentes industriais, agrotóxicos, fertilizantes) e a pesca excessiva são alguns dos efeitos. A redução do pH incide sobre as propriedades acústicas da água com a propagação de frequências sonoras abaixo de 10 kHz²¹.

Isso ocorre porque com o aumento da concentração de gás carbônico, os íons de boro são reduzidos por grande parte dessa frequência

²⁰ CHIARETT, Daniela. **Peço de carbono tem que saltar para cumprir acordo do clima**, diz estudo. Valor Econômico, 29 maio 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/internacional/4984338/preco-do-carbono-tem-de-saltar-para-cumprir-acordo-do-climadiz-estudo>. Acesso em: 21 jul. 2017.

²¹ BREWER, Peter G.; HESTER, Keith. Ocean Acidification and the Increasing Transparency of the Ocean to Low-Frequency Sound. **Oceanography**, v. 22, n. 4, p.87-93, dec. 2009. Disponível em: <http://tos.org/oceanography/article/ocean-acidification-and-the-increasing-transparency-of-the-ocean-to-low-fre>. Acesso em: 19 jul. 2017.

sonora. Este fenômeno tende a aumentar o ruído geral nos oceanos e pode prejudicar os sistemas de localização ou comunicação de animais como a baleias, as orcas e os golfinhos, que empregam o som²².

Os cenários de emissão futura de CO₂ e outras fontes podem causar uma redução de 0,3 ou mais unidades no pH, resultando em um decréscimo em quase 40% no índice de absorção sonora. Os inúmeros problemas gerados para a biodiversidade, complica as atividades econômicas e militares que empregam o sonar - um sistema de localização pelo som. A situação é piorada com o aumento nos níveis de ruído nos mares gerado pela crescente atividade naval. O atual aquecimento das águas, também exerce efeito sobre a acústica aquática²³.

O ritmo de emissões, combinadas às outras ameaças em atividade, provocarão aos oceanos as mesmas consequências dos eventos de acidificação do passado remoto, quando as condições ambientais se assemelharam às que o homem tem provocado agora, e terão sua biodiversidade maciçamente erradicada, o que sem dúvida produzirá um impacto catastrófico sobre a população humana, que em vários aspectos é dependente do mar e seus recursos.

3 Descarbonização: um caminho necessário para limitar o aquecimento

A tecnologia tem contribuído para baixas emissões de carbono. A partir do Acordo de Paris, em 2015, considerada mundialmente como uma “lei internacional”, várias nações passaram a

²² BREWER, Peter G.; HESTER, Keith. Ocean Acidification and the Increasing Transparency of the Ocean to Low-Frequency Sound. **Oceanography**, v. 22, n. 4, p. 87-93, dec. 2009. Disponível em: <http://tos.org/oceanography/article/ocean-acidification-and-the-increasing-transparency-of-the-ocean-to-low-fre>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²³ BREWER, Peter G.; HESTER, Keith. Ocean Acidification and the Increasing Transparency of the Ocean to Low-Frequency Sound. **Oceanography**, v. 22, n. 4, p. 87-93, dec. 2009. Disponível em: <http://tos.org/oceanography/article/ocean-acidification-and-the-increasing-transparency-of-the-ocean-to-low-fre>. Acesso em: 19 jul. 2017.

ter um olhar diferente no sentido de implementar a descarbonização. Países como os Estados Unidos (quase 2/3) e a China tiveram aumento de energia renováveis substituído o carvão por gás natural (veja: go.nature.com/2skv20g). A China, em apenas dois anos, teve um declínio no consumo de carvão de 3,7%, em 2015. Resultados que fomenta a política de redução climática²⁴.

Aproveitando a dinâmica de redução global de emissões de dióxido de carbono, uma equipe de cientistas dentre os quais encontra-se Johan Rockström, propõe uma política de redução em curto prazo, ou seja, a meta é enquadrar o desafio da descarbonização em um roteiro decenal global, tendo como foco a redução pela metade das emissões anuais de dióxido de carbono (CO₂) a cada década. O ano escolhido como marco, foi 2020, por motivos que tem a ver com a física. Os cientistas afirmam que é necessário, desejável e realizável a redução de emissões a nível mundial. Do contrário, as emissões continuarão em níveis indesejáveis, tornando inalcançáveis o Acordo de Paris e a política de desenvolvimento sustentável da ONU^{25/26}.

²⁴ Christiana Figueres, Hans Joachim Schellnhuber, Gail Whiteman, Johan Rockström, Anthony Hobbey & Stefan Rahmstorf e colegas estabeleceram um plano de seis pontos para transformar a maré do dióxido de carbono no mundo até 2020. A campanha tem um caráter colaborativa: “aumentar a ambição e a ação em setores-chave para reduzir a curva de emissões de gases de efeito estufa até 2020”. FIGUERES, Chistiana et al. Three years to safeguard our climate. *Nature*, v. 546, p. 593-595, jun. 2017. Disponível em: <http://www.nature.com/news/three-years-to-safeguard-our-climate-1.22201>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁵ Um relatório de abril, 2017, preparado pelo Carbon Tracker em Londres, o consórcio Climate Action Tracker, o Instituto Potsdam para Pesquisa de Impacto Climático na Alemanha e a Universidade Yale em New Haven, Connecticut, informa que as emissões continuarão a aumentar para além de 2020. FIGUERES, Chistiana et al. Three years to safeguard our climate. *Nature*, v. 546, p. 593-595, jun. 2017. Disponível em: <http://www.nature.com/news/three-years-to-safeguard-our-climate-1.22201>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁶ FIGUERES, Chistiana et al. Three years to safeguard our climate. *Nature*, v. 546, p. 593-595, jun. 2017. Disponível em: <http://www.nature.com/news/three-years-to-safeguard-our-climate-1.22201>. Acesso em: 18 out. 2020.

A magnitude do desafio pode ser entendida depois de observarem que placas de gelo estão perdendo massa de forma crescente na Groenlândia e Antártica. O gelo marinho desaparece a cada dia do Ártico. Os recifes de corais morrem estressados pelo calor, ondas de calor intensificadas provocam as secas e aumenta o nível do mar, refletindo no ecossistema e na vida dos mais pobres. Para os cientistas, a boa notícia é que ainda é possível reverter o quadro até 2020, se o volume de emissões começarem a cair²⁷.

A ideia é calcular um orçamento para emissões de CO₂ estabelecendo uma quantidade máxima a ser liberada, antes que o limite de temperatura seja violado. Subtraindo as emissões passadas, ficaria um crédito de carbono entre 150 e 1.050 gigatoneladas (Gt; um Gt é 1×10^9 toneladas), ultrapassando a meta de Paris que é de 1,5 °C, ou seja, bem abaixo de 2°C. Se permanecer com a taxa de emissão atual (41 Gt de CO₂, por ano), o limite inferior desse intervalo seria cruzado em 4 anos e o ponto médio (600 Gt) ultrapassado em 15 anos²⁸.

A mensagem de António Guterres, Secretário Geral da ONU “o trem da sustentabilidade deixou a estação. Entre nele ou fique para trás” remete à reflexão de que o princípio da prevenção não pode ser esquecido. Agência Internacional de Energia Renovável (International Renewable Energy Agency – IRENA) aposta nos esforços para um aumento na economia global em torno de US\$ 19 trilhões²⁹.

Segundo a Agência Internacional de Energia Renovável (International Renewable Energy Agency – IRENA), até 2020, fontes de energias renováveis poderia suprir de 26 a 27%, as necessidades mundiais. Um relatório publicado em abril de 2017, preparado pelo Carbon Tracker

²⁷ FIGUERES, Chistiana et al. Three years to safeguard our climate. *Nature*, v. 546, p. 593-595, jun. 2017. Disponível em: <http://www.nature.com/news/three-years-to-safeguard-our-climate-1.22201>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁸ NORUEGA. **Center for International Climate Research**. Disponível em: go.nature.com/2rytztf. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁹ ESTADOS UNIDOS. AS YOU SOW. **CLEAN 200**. Disponível em: www.clean200.org. Acesso em: 23 out. 2020.

em Londres, o consórcio Climate Action Tracker, e o Instituto Potsdam para Pesquisa de Impacto Climático na Alemanha e a Universidade Yale em New Haven, Connecticut, informa que o crescimento no setor de automóveis elétrico, por si só, deslocaria dois milhões de barris de petróleo, até 2025, bem diferente da expectativa com a indústria de combustíveis fósseis. Outro dado importante é que a energia solar poderia fornecer 29% da geração global de eletricidade até 2050³⁰.

O Brasil solicitou, em janeiro de 2018, a acessão à Agência Internacional de Energia Renovável. A IRENA foi criada em 2009, com sede em Abu Dhabi. Tem como principal missão auxiliar e apoiar países na transição para uma matriz energética sustentável, servindo como repositório e disseminador de conhecimento e boas práticas, plataforma de diálogo, e provedora de serviços, ferramentas técnicas, análises e de projetos de cooperação na área de energia renovável. Atualmente, conta com 154 Estados Membros, além de 26 Estados em processo de adesão³¹.

3.1 Marcos científicos ambientais

Com o objetivo de reduzir a taxa de emissão de CO₂ até 2020, seis marcos foram identificados pelos cientistas em colaboração com analistas da Universidade de Yale, o consórcio Climate Action Tracker, o Carbon Tracker, a coalizão We Mean Business, a Parceria em Transporte Sustentável, Baixo Carbono (SLoCaT), empresa de consultoria SYSTEMIQ e o projeto New Climate Economy e Conservation International³², tendo esses setores um olhar diferenciado

³⁰ ESTADOS UNIDOS. AS YOU SOW. **CLEAN 200**. Disponível em: www.clean200.org. Acesso em: 23 out. 2020.

³¹ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Brasil dá início a processo de adesão à IRENA**. Disponível em: <http://www.itamaratv.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>. Acesso em: 18 out. 2020.

³² Three years to safeguard our climate Christiana Figueres and colleagues set out a six-point plan for turning the tide of the world's carbon dioxide by 2020. FIGUERES,

com atenção especial no desenvolvimento de para que o resultado reflita, de maneira positiva, na redução de CO₂.

Energia: Neste setor as energias renováveis compõem pelo menos 30% do fornecimento de energia elétrica mundial, contra 23,7% em 2015. Nenhuma usina a carvão é aprovada além de 2020, e todos os existentes estão sendo aposentados.

Infraestrutura: Cidades e estados iniciaram planos de ação para descarbonizar totalmente edifícios e infraestruturas até 2050, com financiamento de US \$ 300 bilhões anualmente. As cidades estão atualizando pelo menos 3% do seu estoque de construção para estruturas de emissões zero ou quase zero a cada ano.

Transporte: Os veículos elétricos compõem pelo menos 15% das vendas de carros novos a nível mundial, um aumento importante da participação de mercado de quase 1% que os veículos híbridos com bateria e plug-in agora reivindicam. Também são exigidos compromissos para uma duplicação da utilização do transporte em massa nas cidades, um aumento de 20% nas eficiências de combustível para veículos pesados e uma redução de 20% nas emissões de gases de efeito estufa da aviação por quilômetro percorrido.

Terra: Que seja promulgada políticas de uso da terra no sentido de que reduzem a destruição da floresta. Os esforços têm como foco o reflorestamento. As emissões líquidas atuais decorrentes do desmatamento e as mudanças no uso da terra representam cerca de 12% do total global. Se estes puderem ser reduzidos para zero na próxima década, somada ao reflorestamento, podem, em vez disso, ser usados para criar um dissipador de carbono até 2030. Esse processo ajudará a emitir as emissões globais líquidas totais para zero, ao mesmo tempo em que apoiam o abastecimento de água e outros benefícios. As

Chistiana et al. Three years to safeguard our climate. *Nature*, v. 546, p. 593-595, jun. 2017. Disponível em: <http://www.nature.com/news/three-years-to-safeguard-our-climate-1.22201>. Acesso em: 18 out. 2020.

práticas agrícolas sustentáveis podem reduzir as emissões e aumentar o sequestro de CO₂ em solos saudáveis e bem geridos.

Indústria: A indústria pesada está desenvolvendo e publicando planos para aumentar a eficiência e reduzir as emissões, com o objetivo de reduzir para metade as emissões de gás com uma projeção em 2050. As indústrias que usam carbono como: ferro e aço, cimento, produtos químicos e petróleo e gás, emitem mais de 1/5 do CO₂ mundial, excluindo suas demandas de eletricidade e calor.

Finança: O setor financeiro repensou a forma como implanta o capital e está mobilizando pelo menos US\$ 1 trilhão por ano para a ação climática. A maioria virá do setor privado. Os governos, os bancos privados e os credores, como o Banco Mundial, precisam emitir muitos mais “títulos verdes” para financiar os esforços para redução do clima. Isso criaria um mercado anual que, até 2020, processa mais de 10 vezes os \$ 81 bilhões de títulos emitidos em 2016.

4 Acordo de Paris

O Acordo de Paris é um documento mundial sobre as alterações climáticas³³, firmado na Conferência das Partes nº 21 (COP21), no ano de 2015, na capital francesa. Apresenta um plano de ação destinado a limitar o aquecimento global a um valor “bem abaixo” dos 2°C, e abrange o período a partir de 2020. Para que esse acordo entrasse em vigor, seria necessário que os países que representam em torno de 55% da emissão de gases de efeito estufa ratificassem-no, o acordo foi assinado após várias negociações, entrando em vigor em 4 de novembro de 2016. Até 2017,

³³ “Esta magna questão traz consigo, desde a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, o problema da ‘cobrança’ da ‘dívida histórica’ dos Estados do hemisfério Sul aos Estados do hemisfério Norte”. Cf. GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente: uma abordagem temática**. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 301.

195 países assinaram e 147 ratificaram. O Brasil regulamentou por meio do Decreto nº 9.073/2017³⁴.

O artigo 2º do Acordo de Paris³⁵, inclui o objetivo de fortalecer a resposta global à ameaça das mudanças climáticas.

Artigo 2

1. Este Acordo, ao reforçar a implementação da Convenção, incluindo seu objetivo, visa fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima, no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza, incluindo:

(a) Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais, reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima;

(b) Aumentar a capacidade de adaptação aos impactos negativos da mudança do clima e promover a resiliência à mudança do clima e um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, de uma maneira que não ameace a produção de alimentos; e

(c) Tornar os fluxos financeiros compatíveis com uma trajetória rumo a um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa e resiliente à mudança do clima.

2. Este Acordo será implementado para refletir a igualdade e o princípio das responsabilidades comuns

³⁴ BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/decreto/d9073.htm#:~:text=D9073&text=Promulga%20o%20Acordo%20de%20Paris.22%20de%20abril%20de%202016. Acesso em: 18 out. 2020.

³⁵ BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/decreto/d9073.htm#:~:text=D9073&text=Promulga%20o%20Acordo%20de%20Paris.22%20de%20abril%20de%202016. Acesso em: 18 out. 2020.

porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais.

Limitar o aumento a 2°C ou 1,5°C é um objetivo muito ambicioso, dado o nível atual de emissões de gases de efeito estufa. Os especialistas do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) estimam que é necessário reduzir 40% a 70% das emissões entre 2010 e 2050 para permanecer abaixo de 2°C.

Entretantes, o designado “Acordo de Paris”, assim como o Protocolo de Kyoto (1997, assinado na COP3 no Japão)³⁶, apresenta a mesma lacuna: não especifica metas obrigatórias para cada país, de modo que cada nação deve determinar seus próprios objetivos de redução de emissões para 2025 ou 2030. Dito de outro modo, cada nação terá “liberdade” de ponderar como conciliar as metas do Acordo com os interesses econômicos e políticos.

Chama atenção o disposto nos números 13 e 15 do artigo 4^o³⁷

13. As Partes devem prestar contas de suas contribuições nacionalmente determinadas. Ao contabilizar as emissões e remoções antrópicas correspondentes às suas contribuições nacionalmente determinadas, as Partes devem promover a integridade ambiental, a transparência, a exatidão, a completude, a comparabilidade e a consistência, e assegurar que não haja dupla contagem, de acordo com orientação adotada pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Acordo.

15. As Partes deverão considerar, na implementação deste Acordo, as preocupações das Partes cujas economias sejam particularmente afetadas pelos impactos das

³⁶ A jurista Carla Amado Gomes nomina de “um morto vivo”.

³⁷ BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017.** Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/decree/d9073.htm#:~:text=D9073&text=Promulga%20o%20Acordo%20de%20Paris,22%20de%20abril%20de%202016. Acesso em: 18 out. 2020.

medidas de resposta, particularmente as Partes países em desenvolvimento.

Nessa senda, Caúla³⁸ pontua

A melodia que “encantou os Estados” impulsionando-os a constitucionalizar a proteção do direito fundamental ao ambiente no seu texto jurídico normativo não previu os desafios e as resistências de intermediar uma conduta interdisciplinar entre políticos, economistas, juristas e sociólogos e sem estabelecer uma estratégia de integração e adesão da sociedade a essa nova realidade de vida, qual seja, a adoção da concepção de um “capitalismo climático” erigido sob o prisma de uma harmonia com o ambiente e seus limites de tolerância à exploração. Uma forma de ver na responsabilidade ambiental uma lucratividade.

4.1 Metas para países desenvolvidos e subdesenvolvidos

Uma das metas do Acordo de Paris é estimular os países desenvolvidos a dar suporte financeiro e tecnológico aos países subdesenvolvidos. A ideia é que essa ajuda colabore na ampliação de ações propostas pelos países subdesenvolvidos, mas todos devem apresentar planos de ação.

Entre os acordos firmados pelos países, um deles sugere que a cada cinco anos os governos comuniquem de forma voluntária os mecanismos para a revisão das suas contribuições para que as metas possam ser elevadas. Os **países desenvolvidos** encontram-se à frente do acordo e devem estabelecer metas numéricas a serem alcançadas em relação à emissão de gases de efeito estufa. Já os **países**

³⁸ CAÚLA, Bleine Queiroz. **A Aplicabilidade das Normas Constitucionais Ambientais à Luz dos Ordenamentos Brasileiro e Português**. Orientadora: Susana Bòrras Pentinat. 2017. 602 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Catalunha – Espanha, 2017. Disponível em: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/460886/TESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 fev. 2021.

subdesenvolvidos precisam elevar os esforços para continuar atingindo as metas propostas.³⁹

4.2 Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) do Brasil no Acordo de Paris

O Governo da República Federativa do Brasil⁴⁰ em conformidade com as decisões 1/CP.19 e 1/CP.20, tem a satisfação de comunicar ao Secretariado da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) sua pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (*intended Nationally Determined Contribution – iNDC*), no contexto das negociações de um protocolo, outro instrumento jurídico ou resultado acordado com força legal sob a Convenção, aplicável a todas as Partes.

Comprometendo-se a reduzir, até 2025, suas emissões de gases de efeito estufa. As principais metas do governo federal são⁴¹:

[...]

ii) no **setor florestal** e de mudança do uso da terra: - fortalecer o cumprimento do Código Florestal, em âmbito federal, estadual e municipal; - fortalecer políticas e medidas com vistas a alcançar, na Amazônia brasileira, o desmatamento ilegal zero até 2030 e a compensação das emissões de gases de efeito de estufa provenientes da supressão legal da vegetação até 2030; - restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas até 2030,

³⁹ SOUSA, Rafaela. “**Acordo de Paris**”. Brasil Escola, [s. d.]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/acordo-paris.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

⁴⁰ BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_iNDC_portugues.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴¹ BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima** Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_iNDC_portugues.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

para múltiplos usos; - ampliar a escala de sistemas de manejo sustentável de florestas nativas, por meio de sistemas de georeferenciamento e rastreabilidade aplicáveis ao manejo de florestas nativas, com vistas a desestimular práticas ilegais e insustentáveis;

iii) no **setor da energia**, alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030, incluindo: - expandir o uso de fontes renováveis, além da energia hídrica, na matriz total de energia para uma participação de 28% a 33% até 2030; - expandir o uso doméstico de fontes de energia não fóssil, aumentando a parcela de energias renováveis (além da energia hídrica) no fornecimento de energia elétrica para ao menos 23% até 2030, inclusive pelo aumento da participação de eólica, biomassa e solar;

iv) no **setor agrícola**, fortalecer o Plano de Agricultura de Baixa Emissão de Carbono (Plano ABC) como a principal estratégia para o desenvolvimento sustentável na agricultura, inclusive por meio da restauração adicional de 15 milhões de hectares de pastagens degradadas até 2030 e pelo incremento de 5 milhões de hectares de sistemas de integração lavoura-pecuária-florestas (iLPF) até 2030;

v) no **setor industrial**, promover novos padrões de tecnologias limpas e ampliar medidas de eficiência energética e de infraestrutura de baixo carbono;

vi) no **setor de transportes**, promover medidas de eficiência, melhorias na infraestrutura de transportes e no transporte público em áreas urbanas.

Nesse cenário, o Brasil livremente se comprometeu, como medida de mitigação, a reduzir as emissões de gases de efeito estufa de forma que, em 2025, emita 37% abaixo daquilo que foi emitido no ano de 2005, estendendo essa meta para 43% até 2030. Do ponto de vista da adaptação, foi prometida a finalização do Plano Nacional de Mitigação (PNA), instituído desde 10 de maio de 2016 por meio da Portaria 150⁴².

⁴² BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Portaria n. 150, de 10 de maio de 2016**. Institui o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima e dá outras providências. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/Portaria%20PNA%20150_10052016.pdf. Acesso em: 07 fev. 2019.

Não foram estabelecidos metas e objetivos explícitos sobre fluxos financeiros, apenas no parágrafo segundo do artigo 7º dispõe que “O financiamento de ações previstas no Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima é de responsabilidade de seus executores”.

Dois setores da agricultura brasileira serão particularmente afetados por esses compromissos: o energético e o florestal/agrícola (uso da terra). De acordo Lovins e Cohen⁴³

os vínculos entre a agricultura e a mudança do clima são numerosos: práticas agrícolas que dependem de combustíveis fósseis; escolhas insatisfatórias de utilização da terra; substâncias e produtos químicos tóxicos; energia usada na fabricação, transporte [...]; e a capacidade que perdemos de nos alimentar com alimentos produzidos localmente, tudo isso contribui para a mudança do clima.

Carla Amado Gomes⁴⁴ alerta para a dificuldade de conceito à proliferação de técnicas de desenvolver a agricultura nos diversos países. “Detectam-se, com efeito, entre outras designações, “agricultura orgânica”, “ecoagricultura”, ou ‘agricultura natural’”. E complementa

Decisivo para caracterizar esta realidade parece ser, não tanto o recurso a uma ou a um conjunto de técnicas pré-estabelecidas, mas sobretudo, e pela positiva, a redução da poluição dos solos, a preservação do equilíbrio dos ecossistemas rurais, a melhoria da qualidade dos alimentos e, pela negativa, a proibição de utilização quer de organismos geneticamente modificados na produção

⁴³ LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd. **Capitalismo climático**: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável, 2013. p. 193.

⁴⁴ GOMES, Carla Amado. O direito da agricultura biológica: notas sobre o regime jurídico português. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 307. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2018/04/Dia%CC%81log-o-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10_EB.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

biológica, quer de pesticidas ou adubos químicos de síntese — bem assim como, no que toca à criação de animais, é essencial sublinhar que está proibido o recurso a hormonas promotoras do crescimento, bem assim como, em regra, o recurso a antibióticos no tratamento de doenças e pragas.

A jurista portuguesa aduz que a agricultura biológica pode ser uma metodologia ao serviço da luta contra as alterações climáticas. A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) alertou para que, se não forem tomadas medidas urgentes de adaptação do sector agrícola às alterações climáticas, existe um risco de insegurança alimentar que pode atingir até 122 milhões de pessoas até 2030⁴⁵.

A iNDC brasileira prevê que, para reduzir suas emissões de gases de efeito estufa, precisará adotar políticas públicas para que a bioenergia represente aproximadamente 18% da matriz energética nacional até 2030⁴⁶.

A adoção dessas medidas já foi iniciada. Em dezembro de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.576, sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), que instituiu um mercado de créditos de descarbonização (CBIO). As estimativas sugerem que o novo mercado injetará no setor algo entre R\$ 1,5 bilhão e R\$ 6,8 bilhões⁴⁷.

⁴⁵ GOMES, Carla Amado. O direito da agricultura biológica: notas sobre o regime jurídico português. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 308. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2018/04/Dia%CC%81log-o-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10-EB.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Informação adicional sobre a iNDC apenas para fins de esclarecimento**. 2015, p. 3. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80108/BRASIL%20iNDC%20portugues%20FINAL.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

⁴⁷ VASCONCELOS, Mário Sérgio. Órgãos reguladores brasileiros e internacionais estão engajados no esforço de atribuir um custo aos impactos gerados pelas emissões de gases de efeito estufa na atmosfera. Por aqui, o RenovaBio é o pontapé inicial. **NovaCana.com**. Curitiba, 2018. Disponível em: <https://www.novacana.com/n/evento/s/mario-sergio-vasconcelos-febraban-o-mercado-de-carbono-no-setor-financeiro-030818>. Acesso em: 18 out. 2020.

Tudo isso indica que, assim como a crise do petróleo na década 1970, a crise climática será convertida em oportunidade para o setor de biocombustíveis.

Já em relação ao uso da terra, as informações de esclarecimento da iNDC brasileira prometem alcançar uma série de metas até 2030. Comprometeu-se a atingir o desmatamento ilegal zero na Amazônia brasileira (compensando as emissões de gases emitidas), reflorestar 12 milhões de hectares de floresta e melhorar as técnicas de manejo sustentável de florestas nativas.

Todas essas medidas, por mais impactantes que pareçam, não serão efetivadas se o Brasil não assumir o compromisso de cumprir sua legislação ambiental interna. Pesquisa do Instituto de Manejo e Certificação Florestal e Agrícola (Imaflora), lançada em 2017, calcula que existe um déficit total de 19,4 milhões de hectares de áreas de preservação permanente (APPs) e reservas legais (RLs)⁴⁸. Isso significa que apenas a recomposição da vegetação que foi ilegalmente suprimida, com base no Código Florestal de 2012, é o bastante para honrarmos parte significativa dos compromissos internacionais.

Considerações finais

A degradação ambiental acelerada pela produção de CO₂ na atmosfera, principalmente pela emissão de combustíveis fósseis, deve ser evitada a partir de políticas nacionais e internacionais de incentivos às pesquisas científicas e da intensificação do uso das energias renováveis em substituição aos combustíveis fósseis. São medidas economicamente e cientificamente possíveis, mas que precisam ser adotadas globalmente.

⁴⁸ GUIDOTTI, Vinicius *et al.* Números detalhados do novo Código Florestal e suas implicações para os PRAs. **Sustentabilidade em Debate**, n. 5, maio 2017. Disponível em: http://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5925cada05b49_SUSTemDEB_lo_w_web_links.pdf. Acesso em 7 fev. 2019.

Acidificação oceânica, um dos efeitos estufas que afeta as espécies marinhas, provoca impactos danosos aos organismos extremamente importantes para cadeia alimentar. O desaparecimento ou redução dessas espécies contribuíram para um futuro desequilíbrio socioeconômico da produção mundial de pesca e aquicultura, além de outras consequências desastrosas em casos mais acentuados.

Seguramente essas medidas preventivas – contra piores danos além dos já diagnosticados – produzirão reflexos positivos para a economia. Dito de outra maneira: gastar com prevenção de danos previsíveis e evitáveis custa menos do que tentar repará-los. A conta não fecha. Saúde é o direito mais prejudicado pela não adoção de medidas necessárias. Entrementes, qual Estado está desobrigado de garantir o direito à saúde? Desconhecemos que exista.

A Pandemia é um recado de que a não prevenção pode arruinar as economias nacional e internacional. O comando de “isolamento social – fique em casa” foi e ainda é praticamente o único remédio preventivo à contaminação do Coronavírus até que a vacina testada, comprovada e autorizada chegue à população.

De volta ao tema central do artigo, os seis marcos estabelecidos pela comunidade científicas, como meta de redução das taxas de emissões de CO₂ até 2020, servem de fio condutor para tomada de medidas de combate às práticas abusivas de emissões de gases oriundos de combustíveis fósseis na atmosfera. Entrementes, o desafio é por uma política de conscientização com abrangência global. A não consecução dos objetivos trarão consequências com impacto mundial.

Conclui-se que as recomendações científicas são pelo estabelecimento imediato de novas ações para uma redução global significativa de modo a prevenir. Os Estados não negam os problemas ambientais, mas também não solidificam as metas acordadas. Afinal são metas e não normas.

Após vinte cinco anos ininterruptos de realização da Conferência das Partes, os chefes membros de diversos Estados não

poderão ser reunir na COP-26, agendada na cidade escocesa de Glasgow, para novembro de 2020. O motivo não é surpresa: Pandemia da COVID-19. O meio ambiente está contaminado pelo novo Coronavírus, oriundo da República Popular da China. Cabe mencionar que as perspectivas estão voltadas à “força normativa” do Acordo de Paris.

Parafrazeando a jurista Carla Amado Gomes: “O Protocolo de Kyoto é um morto vivo”, surge a inquietação de saber qual o destino a que se dará ao Acordo de Paris, assinado na COP21 no ano de 2015?

Acometidos por uma Pandemia de um vírus altamente contagioso, nos deparamos com incertezas científicas sobre as sequelas que terão as pessoas contaminadas, somada ao índice da mortalidade, e nos remetem as inquietações:

a) como as diferentes nações com suas visões idiossincráticas se comportarão no Pós-Pandemia da COVID-19? E que acontecerá ao mundo nos próximos meses?

b) de qual modo a Economia vai aturar/suportar os custos das políticas de controle/reversibilidade dos danos ambientais, notadamente aqueles oriundos do comprometimento/colapso do sistema internacional de saúde – Organização Mundial da Saúde e interno de cada país e que atingiram frontalmente o mercado de trabalho?

Se não temos respostas prontas, ouçamos a voz dos cientistas! Eles são os únicos capazes de apresentar certezas.

Referências

BRASIL. **Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at_o2015-2018/2017/lei/L13576.htm. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Portaria n. 150, de 10 de maio de 2016**. Institui o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do

Clima e dá outras providências. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/Portaria%20PNA%20150_10052016.pdf. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Plano nacional de adaptação à mudança do clima: sumário executivo**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2016. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO_PNA_Resumo%20Executivo_.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Brasil dá início a processo de adesão à IRENA**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20152018/2017/decreto/d9073.htm#:~:text=D9073&text=Promulga%20o%20Acordo%20de%20Paris,22%20de%20abril%20de%202016. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_inDC_portugues.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Informação adicional sobre a INDC apenas para fins de esclarecimento**. 2015, p. 3. Disponível

em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80108/BRASIL%20iNDC%20portugues%20FINAL.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

BREWER, Peter G.; HESTER, Keith. Ocean Acidification and the Increasing Transparency of the Ocean to Low-Frequency Sound. **Oceaneography**, v. 22, n. 4, p. 87-93, dec. 2009. Disponível em: <http://tos.org/oceanography/article/ocean-acidification-and-the-increasing-transparency-of-the-ocean-to-low-fre>. Acesso em: 19 jul. 2017.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A Aplicabilidade das Normas Constitucionais Ambientais à Luz dos Ordenamentos Brasileiro e Portugêses**. Orientadora: Susana Bòrras Pentinat. 2017. 602 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Catalunha – Espanha, 2017. Disponível em: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/460886/TESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CHIARETT, Daniela. Peço de carbono tem que saltar para cumprir acordo do clima, diz estudo. **Valor Econômico**, 29 maio 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/internacional/4984338/preco-do-carbono-tem-de-saltar-para-cumprir-acordo-do-climadiz-estudo>. Acesso em: 21 jul. 2017.

CUNHA, Leticia Cotrim da. Efeito estufa afeta também os oceanos. **Rio Pesquisa**, v. 35, n. 8, p. 14-16, 2016. Disponível em: http://www.meioambienteuerj.com/imgs/conteudos/arquivos/uerj_efeit_o_estufa_afeta_tb_oceanos_318.pdf. Acesso em: 22 jul. 2017.

ESTADOS UNIDOS. AS YOU SOW. **CLEAN 200**. Disponível em: www.clean200.org. Acesso em: 23 out. 2020.

FIGUERES, Chistiana *et al.* Three years to safeguard our climate. **Nature**. v. 546, p. 593-595, jun. 2017. Disponível em: <http://www.nature.com/news/three-years-to-safeguard-our-climate-1.22201>. Acesso em: 18 out. 2020.

GOMES, Carla Amado. O direito da agricultura biológica: notas sobre o regime jurídico português. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 305-334. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2018/04/Dia%CC%811ogo-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10_EB.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente**: uma abordagem temática. Lisboa: AAFDL, 2018.

GUIDOTTI, Vinicius *et al.* Números detalhados do novo Código Florestal e suas implicações para os PRAs. **Sustentabilidade em Debate**, n. 5, maio 2017. Disponível em: http://www.imaflora.org/downloads/biblioteca/5925cada05b49_SUSTemDEB_low_web_links.pdf. Acesso em 7 fev. 2019.

HATJE, Vanessa; COSTA, Mônica Ferreira da; CUNHA, Letícia Cotrim da. Oceanografia e química: unindo conhecimentos em prol dos oceanos e da sociedade. **Revista Química Nova**, v. 36, n. 10, p.1497-1508, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422013001000004. Acesso em: 20 out. 2020.

HOMERO, Vilma. Pesquisadores da Uerj investigam acidificação dos oceanos. *In*: **Instituto Humanista Unisinos (IHU)**. 6 abr. 2016.

Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/553230-pesquisadores-da-uerj-investigam-acidificacao-dos-oceanos>. Acesso em: 18 out. 2020.

LOVINS, L. Hunter; COHEN, Boyd. **Capitalismo climático: liderança inovadora e lucrativa para um crescimento econômico sustentável**, 2013.

NORUEGA. **Center for International Climate Research**. Disponível em: go.nature.com/2rytztzf. Acesso em: 23 out. 2020.

RICHARDSON, Katherine. Planetary Boundaries - an update. **Stockholm Resilience Centre**, 15 jan. 2015. Disponível em: <http://www.stockholmresilience.org/research/research-news/2015-01-15-planetary-boundaries---an-update.html>. Acesso em: 19 out. 2020.

ROCKSTRÖM, Johan *et al.* A safe operating space for humanity. **Nature**, v. 431, p. 472-475, set. 2009. Disponível em: https://netzwerk-n.org/wp-content/uploads/2017/04/0_Rockstr%C3%B6m-et-al-2009-A-safe-operating-space-for-humanity.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

SACHS, Jeffrey. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015.

SILVEIRA, Camila Brasil Louro da; FERREIRA, Beatrice Padovani; COXEY, Mariana S. Variação temporal nos recifes de corais de Maragogi, APA Costa dos Corais (2010-2013). **Tropical Oceanography**, Recife, v. 42, n. 2, p. 208-225, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/TROPICALOCEANOGRAPHY/article/view/5816>. Acesso em: 19 out. 2020.

SOUSA, Rafaela. “Acordo de Paris”. **Brasil Escola**, [s.d.]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/acordo-paris.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

STEFFEN, Will. The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature? **Ambio**, v. 36, n. 8, p. 614-621, dec. 2015. Disponível em: https://www.pik-potsdam.de/en/news/public-events/archiv/alter-net/former-ss/2007/05-09.2007/steffen/literature/ambi-36-08-06_614_621.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

STOCKHOLM RESILIENCE CENTRE. **Os nove limites planetários**. 2015. Disponível em: <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/planetary-boundaries/about-the-research/the-nine-planetary-boundaries.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

VASCONCELOS, Mário Sérgio. Órgãos reguladores brasileiros e internacionais estão engajados no esforço de atribuir um custo aos impactos gerados pelas emissões de gases de efeito estufa na atmosfera. Por aqui, o RenovaBio é o pontapé inicial. **NovaCana.com**. Curitiba, 2018. Disponível em: <https://www.novacana.com/n/eventos/mario-sergio-vasconcelos-febraban-o-mercado-de-carbono-no-setor-financeiro-030818>. Acesso em: 18 out. 2020.

ZEEBE, Richard E. History of Seawater Carbonate of Atmospheric Chemistry of CO₂, and acidification of the oceans. **Annual Reviews of Planetary Sciences and Earth**, v. 40, p. 141-165, may. 2012. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-earth-042711-105521>. Acesso em: 18 out. 2020.

A eficácia do tombamento do patrimônio histórico e cultural à luz do Direito Ambiental: Palacete São Cornélio no Rio de Janeiro

The effectiveness of the historical and cultural heritage listing act under environment law perspective: Palacete São Cornélio, Rio de Janeiro

Iuri Boklage Mendes*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo estudar o instituto do tombamento no ordenamento jurídico brasileiro à luz do Direito Ambiental e compreender o patrimônio histórico e cultural enquanto ambiente artificial e sua importância para preservação. Compreendido esses institutos, este trabalho analisará a eficácia do instituto do tombamento no Palacete São Cornélio à luz do direito ambiental. Para tanto, utiliza-se da revisão bibliográfica e pesquisa de campo para inferir a ineficácia do referido instituto para a proteção do patrimônio histórico e cultural.

Palavras-chave: Patrimônio histórico e cultural. Direito ambiental. Tombamento.

Abstract: The current paper aims to investigate the heritage-listing act within the Brazilian legal framework under the perspective of Environmental Law, while understanding the historical and cultural heritage as an artificial environment as well as its importance for conservation. Once these acts lie understood, this piece of work will make an analysis of the effectiveness as of the heritage-listing act from Palacete São Cornélio under the perspective of Environmental Law. For this purpose, both bibliographic review and field research was held in order to infer the ineffectiveness of the mentioned act as to protect the historical and cultural heritage.

* Graduado em Direito na Universidade Candido Mendes (UCAM). E-mail: iuriboklage@globocom.com.

Keywords: Historical and Cultural Heritage. Environmental Law. Listing act.

Introdução

O patrimônio histórico e cultural nacional são tutelados pelo Estado. Existem meios legais para a preservação desses bens, visando assegurar a cultura aos cidadãos, a exemplo do tombamento, um instrumento administrativo de suma importância, pois permite a preservação da história e cultural do país. No entanto, por vezes, esses patrimônios se encontram abandonados pelo Poder Público, sem qualquer manutenção.

O artigo tem o escólio de analisar a eficácia do tombamento do Palacete São Cornélio no Rio de Janeiro-RJ. A proposta é elucidar a eficácia do tombamento mediante a intervenção da União Federal sob a pasta do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), criado em forma de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Cultura; compreender o conceito de tombamento; fazer uma análise histórica dessa tutela administrativa, comparar esse instrumento aos demais instrumentos legais de tutela determinadas pela Constituição Federal de 1988.

Para a pesquisa recorreu à metodologia bibliográfica e a verificação *in loco* do Palacete São Cornélio, na cidade do Rio de Janeiro. Inicialmente, será abordada a evolução histórica do direito ambiental e, conseqüentemente, a compreensão de ambiente, entendendo atualmente que o espaço que o ser humano vive é ambiente, ainda que urbano e artificial. O estudo também busca compreender a eficácia do tombamento, sob a ótica do direito ambiental, como proteção do patrimônio histórico e cultural.

A preservação permite às novas gerações, o conhecimento irrestrito da história e cultura de seu país, o direito à memória, e a compreensão do momento presente. Desse modo, é possível ao cidadão

brasileiro ter sua identidade, com o contato da história preservada, assim como o bem tombado estudado neste trabalho.

A estrutura do presente trabalho apresenta no primeiro capítulo, a evolução histórica, patrimônio cultural e direito ambiental artificial. No segundo capítulo estuda-se, sem esgotar o assunto, o tombamento e o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que regula o referido instrumento. O terceiro e último capítulo analisará o objeto de estudo, o Palacete São Cornélio, sua história, importância, seu tombamento e por fim, a análise da eficácia do tombamento como instrumento de proteção no referido edifício.

1 Patrimônio Histórico: evolução e conceito

A partir da revolução industrial, no século XVIII, o homem passou a produzir em larga escala bens de consumo, retirando do ecossistema os recursos naturais. No princípio não houve qualquer preocupação com a intervenção humana no ambiente e os impactos gerados pela ação do homem. Com o decorrer do tempo, os efeitos causados pela exploração dos recursos naturais, em razão da finitude dos mesmos, foram observados e a partir daí começaram as discussões acerca dos efeitos da agressão ao Meio Ambiente sobre todo o espaço utilizado pelo homem¹.

Com isto, o Ambiente se tornou uma preocupação, pois é a condição de preexistência do homem. Assim, se passou a tutelar este bem com a proteção do Estado, normas foram estabelecidas a fim de garantir a preservação do Ambiente. Contudo, a contrário senso, o

¹ LEAL, Georla Cristina Souza de Gois; FARIAS, Maria Sallydelândia Sobral de; ARAUJO, Aline de Farias. O processo de industrialização e seus impactos no meio ambiente. **Qualit@s Revista Eletrônica**, Campina Grande, v. 7, n. 7, 2008. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/128/101>. Acesso em: 10 fev. 2018.

Ambiente não se limita apenas a natureza porque todo o meio de condição de preexistência que permite a vida é o Ambiente².

A partir da década de 60 a comunidade científica passou a discutir a degradação ambiental causada pelo homem. Em 1972, a ONU realizou a Conferência de Estocolmo, considerada marco para evolução das normas ambientais, onde foi aprovada a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente com 26 princípios. Embora não seja fonte formal de direito, a Declaração, pela primeira vez na história, considerou o Meio Ambiente direito humano fundamental, inspirando países a elaborar legislações ambientais. É o que dispõe o princípio 1:

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 futuras³.

A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas⁴.

O entendimento de Ambiente teve seu conceito ampliado, não se limitando à natureza e a exploração dos recursos naturais, como estabeleceu a supramencionada Conferência:

² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

³ PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. A conferência de Estocolmo como ponto de partida para proteção internacional do meio ambiente. **Revista direitos fundamentais & democracia**. Santa Catarina, v. 6, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/18-19-1-pb.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre ambiente humano**. Estocolmo, 1972. São Paulo: USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma⁵.

No Brasil, no governo Getúlio Vargas, foi editado pela primeira vez um instrumento legal, o Decreto Lei nº 25/1937⁶, liderado por Mário de Andrade⁷, visando a proteção dos patrimônios histórico e artístico nacional. Posteriormente foi editada a Lei nº 6.938 em 31 de agosto de 1981, estabelecendo a Política Nacional do Meio Ambiente e sua definição:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas⁸.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre ambiente humano**. Estocolmo, 1972. São Paulo: USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 30 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre ambiente humano**. Estocolmo, 1972. São Paulo: USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁸ 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

A mais importante lei do nosso ordenamento jurídico, Constituição da República Federativa do Brasil⁹ promulgada em 1988, em consonância com o entendimento de Direito Ambiental, tutelou o direito à cultura nos artigos 215 e 216 e recepcionou o mencionado Decreto-Lei.

1.1 Conceito de Patrimônio Histórico

A palavra cultura, em sua acepção popular, é entendida como uma medida de civilização, ou seja, uma sociedade é superior se tem cultura enquanto outra é inferior por não ter cultura. No entanto, na Antropologia o significado é diferente, cultura é um padrão que um determinado grupo pensa, classifica, estuda e modifica o mundo e a si mesmas¹⁰.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 1976, em Nairóbi, Quênia, definiu patrimônio cultural:

Considera-se conjunto histórico todo o grupo de construções e de espaços, incluindo as estações arqueológicas e paleontológicas, que constituam um povoamento humano, quer em meio urbano, quer em meio rural, e cuja coesão e valor sejam reconhecidos do ponto de vista arqueológico, arquitetônico, pré-histórico, histórico, estético ou sociocultural. Nestes conjuntos, que são muito variados, podem distinguir-se em especial: os sítios pré-históricos, as cidades históricas, os bairros antigos, as aldeias e o casario, bem como os conjuntos

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 21 jan. 2018.

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁰ DA MATTA, Roberto. A dualidade do conceito de cultura. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 20 maio 1999.

monumentais, homogêneos, os quais deverão, regra geral, ser cuidadosamente conservados sem alterações¹¹.

Afirma Adriana Zandonade a respeito da noção de cultura: “A noção global de cultura é que presidiu a elaboração do texto da Constituição Federal de 1988. De fato, o matiz antropológico transparece claramente nos dispositivos constitucionais que versam sobre o tema [...]”¹². Ainda segundo a autora, a Constituição Federal de 1988 estabelece duas formas de tutela da cultura, a geral e a específica:

A tutela geral estende-se às chamadas ‘fontes de cultura nacional’ – expressão que, como esclarece Lúcia Reisewitz, designa ‘a vasta rede de significações da cultura’. Nesse campo, a Carta de 1988 demarca, em essência, dois polos de atuação estatal: de um lado, confere ao Estado a tarefa de fomentar as manifestações culturais (art. 215, caput) e a produção de bens culturais (art. 215, §3º, II); e de outro, atribui-lhe as obrigações de garantir a todos o acesso pleno e democrático às fontes nacionais de cultura (art. 215, caput e §3, II e IV). Nessa medida, há que se reconhecer que a Constituição Federal ampara a cultura, na sua larga acepção de modo de vida característico de determinado grupo social, ordenando ao Estado que promova¹³.

No Brasil, o texto constitucional adota, no entanto, o conceito amplo da palavra Cultura:

[...] a Assembleia Nacional Constituinte adotou uma ampla concepção de cultura, perceptível na determinação, contida

¹¹ UNESCO. **Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea**. Nairóbi, novembro de 1976. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20de%20Nairobi%201976.pdf>. Acesso em 13 out. 2020.

¹² ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 49-51.

¹³ ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-61.

na Carta de 1988, de tutela dos traços característicos do modo de vida da sociedade brasileira nas variadas facetas dos grupos participantes de sua formação¹⁴.

Quanto ao patrimônio cultural, Hugo Nigro Mazilli define:

[...] conjunto de bens e interesses que exprimem a integração do homem com o meio ambiente (tanto o natural quanto o artificial), como aqueles de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e arqueológico, nesse rol incluídos os valores até mesmo imateriais referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira¹⁵.

Pode-se afirmar que o patrimônio cultural engloba todas as culturas existentes que formam a identidade brasileira, consoante a definição de cultura, visando a preservação pela memória desses grupos. Cabe observar que embora possa ser classificado em material e imaterial¹⁶, aqui será tratado apenas do patrimônio cultural material, posto que o Decreto-Lei 25/1937¹⁷ em seu artigo 1º tutela apenas bens móveis e imóveis.

Nessa linha, o patrimônio cultural tem o status de direito difuso, pelo fato de ser um bem utilizado por qualquer pessoa, sem qualquer distinção, individualmente ou coletivamente, pela presente e futuras gerações. Assim, não é possível determinar um beneficiário. Esclarece Celso Ribeiro Bastos:

¹⁴ ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 52.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 2.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 2.

¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 30 nov. 1937. Disponível em: http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brasil_decreto_lei_25_30_11_1937_por_orof.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

É que a característica primordial do interesse difuso é a sua não-coincidência com o interesse de uma determinada pessoa. Ele abrange, na verdade, toda uma categoria de indivíduos unificados por possuir um denominador fático qualquer em comum.

A tutela desses interesses difusos está na estrita dependência da dissociação que se venha a fazer entre o interesse de agir e o direito subjetivo. Em outras palavras, cumpre reconhecer o interesse de agir, mesmo em situações onde não esteja presente o clássico direito subjetivo lesado, que exige um nível de concreção e individualização que as modernas formas de agravo a direitos, por serem abstratas e coletivas, não possuem¹⁸.

Esse entendimento foi consolidado pela doutrina, pelas características do patrimônio cultural, a dominialidade que se estende ao uso e gozo da propriedade privada, respeitando a função social da propriedade, e fruição como propriedade coletiva, sendo o dever do Estado garantir essa proteção. Devido a esse entendimento, o patrimônio cultural não é exclusivo do particular, pois é de interesse público a sua preservação. É a função ambiental da propriedade, como elucidada a Fernanda Salles Cavedon:

A Função Ambiental da Propriedade impõe limitações ao uso da Propriedade, requerendo do proprietário a adequação deste uso às exigências de ordem ambiental, em nome da proteção do patrimônio ambiental comum. [...] Entende-se que a incorporação de uma Função Ambiental à Propriedade estimulará o proprietário a promover a proteção dos bens ambientais sob o seu domínio o que, de forma geral, levará à preservação do meio ambiente em sua integralidade¹⁹.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos direitos difusos no direito brasileiro. **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 39, n. 2, p. 53-61, 1982. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2252>. Acesso: em: 2 abr. 2018.

¹⁹ CAVEDON, Fernanda Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. São Paulo: Momento atual, 2003. p. 124.

O direito ambiental se caracteriza, tal como define o José Afonso da Silva, como um ramo do Direito Público, pela forte presença do Poder Público no controle da qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida concebida como uma forma de direito fundamental da pessoa humana²⁰.

1.2 Direito Ambiental Cultural

Diante das mudanças do pensamento da sociedade em relação ao meio ambiente e efeitos decorrentes da intervenção do homem na natureza, o poder constituinte consagrou na Carta Magna de 1988, o Direito Ambiental como um bem jurídico a ser protegido, visando a atuação do Estado Brasileiro na proteção de todo o Ambiente²¹.

O conceito de meio ambiente é amplo, pois engloba toda a natureza, os bens culturais, envolvendo portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico²². José Afonso da Silva define-o como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas²³.

Silva afirma a existência de três aspectos do Meio Ambiente, o Artificial, Cultural e Natural. O Artificial é constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto). O Meio

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 48.

²² SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 19.

²³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20.

Ambiente Cultural é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou que se impregnou. O Meio Ambiente Natural ou Físico, é constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim pela interação de seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies do meio ambiente que a Lei nº 6.938/1981, define em seu art. 3º, quando diz que, para os fins nela previsto, “entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”²⁴.

Diante desse entendimento, resta claro que um patrimônio, embora tutelado pelo instrumento legal do Direito Administrativo, o tombamento, também é protegido pelo Direito Ambiental, porque este bem foi criação de uma cultura, contendo significados e história e inserido dentro de um espaço urbano no qual o presente tem acesso e pode compreender o seu passado e mantendo sua cultura.

2 Instituto do Tombamento no Brasil

Conforme explicitado anteriormente sobre o direito ambiental ser coletivo e difuso, o conceito de patrimônio cultural surgiu com esse entendimento, como afirma Chiavelli Fazenda Falavigno:

Historicamente, o direito ao patrimônio cultural surgiu com a terceira geração de direitos fundamentais, no final do século XX, também conhecidos como direitos de solidariedade e fraternidade. São os chamados direitos transindividuais, de titularidade coletiva e difusa, podendo ser vislumbrada uma escala mundial de esforços

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

para sua efetivação, uma vez que se relaciona com a proteção da dignidade da pessoa humana²⁵.

À luz da terceira geração de direitos fundamentais, Mário de Andrade liderou e redigiu o anteprojeto da lei do tombamento e definiu o conceito de patrimônio artístico nacional. Disto resultou também a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, o SPHAN, hoje conhecido por IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Todavia, o anteprojeto não foi promulgado em razão do golpe de Estado organizado por Getúlio Vargas, inaugurando o Estado Novo. Assim, logo após a promulgação da Constituição de 1937, o Ministro Capanema reapresentou o anteprojeto ao então estadista Getúlio Vargas que editou e promulgou o Decreto-Lei 25 em 30 de novembro de 1937²⁶.

É interessante destacar que a origem da palavra tombamento, utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu no direito português, na palavra de Hely Lopes Meirelles:

as expressões Livros do Tombo e tombamento provêm do Direito português, onde a palavra tomar significa inventariar, arrolar ou inscrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo. Por tradição, o legislador brasileiro conservou as expressões reinícolas, na nossa Lei de Tombamento. E a fez bem, porque começou assim a preservar o nosso patrimônio linguístico, dando exemplo ao que vão cumprir a lei²⁷.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou a proteção ao patrimônio histórico e cultural:

²⁵ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 1, maio, 2010. p. 4.

²⁶ ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37-38.

²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 05-06.

O Decreto-Lei 25/1937 situou o tombamento no eixo do sistema de tutela da cultura, a ele reconduzindo a aplicação de outros instrumentos. Porém, com a Constituição Federal de 1988 o tombamento deixou a posição de figura central e estruturante do sistema em apreço, mantendo-se como um dos vários instrumentos de promoção e proteção, ao lado de meios mencionados de forma expressa e dos demais meios admitidos, conquanto não nomeados, no texto constitucional²⁸.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 acrescentou outros instrumentos de proteção e promoção de patrimônios, bem como ampliou o conceito de cultura. O tombamento continua sendo um instrumento administrativo de proteção de patrimônio histórico e artístico nacional, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei 25/1937.

2.1 Conceito e Natureza Jurídica do Tombamento e seus Efeitos

Entrando no estudo da natureza jurídica do tombamento, aqui vamos analisar como a doutrina compreende o instituto e seus efeitos sobre a propriedade. Antes é importante destacar que o referido instrumento de proteção de patrimônio histórico e cultural é um procedimento administrativo realizado pelo Poder Público para limitar o direito de propriedade e assegurar a proteção e preservação do bem²⁹.

Como esclarece Adriana Zandonade:

[...] o instituto é caracterizado como uma forma de intervenção do Estado na propriedade, destinada à preservação do patrimônio cultural. Em outras formulações, o tombamento é concebido como ato que

²⁸ ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 105.

²⁹ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 46.

estabelece sobre determinados bens à incidência de um “regime jurídico especial”³⁰.

O tombamento é, portanto, um ato discricionário, ou seja, quando a lei não determina todas as formas de atuação administrativa, conferindo liberdade de decisão da autoridade administrativa diante do caso concreto, desde que nos limites estabelecidos pela lei³¹. É realizado pela autoridade administrativa competente que verifica se o patrimônio tem valor histórico e cultural, fundamentando o tombamento, objetivando a proteção e preservação do bem³².

Para melhor entendimento, é necessário esclarecer como a propriedade é compreendida hoje:

Assim, a propriedade é uma relação que une uma pessoa (sujeito ativo) a uma coisa, de tal forma que todas as outras pessoas (sujeito passivo) têm o dever de respeitá-la, não podendo violá-la – esta é uma visão civilista, muito limitada e ultrapassada – prevista no Código Civil de 1916, que prescreve, no art. 524, que ao proprietário cabe o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, podendo reavê-los de quem quer que injustamente os possua. Da mesma forma, o art. 1.228, caput, do NCC, repetiu referido dispositivo, porém seu §1º deixou claro que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais³³.

Essa limitação da propriedade é estabelecida pelo Princípio da Função Social da Propriedade na forma da Constituição Federal de

³⁰ ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 111.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 255.

³² CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 50.

³³ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 17-18.

1988³⁴ em seu artigo 5º inciso XXIII³⁵. O Tombamento é, todavia, uma restrição parcial do direito de propriedade³⁶, observando o mencionado princípio, de assegurar a preservação e proteção patrimônio histórico e cultural para também respeitar o interesse público.

É importante deixar claro, que não se retira a posse ou a propriedade do patrimônio tombado do particular, apenas estabelecer as suas obrigações quanto ao imóvel³⁷. Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua

O tombamento pode ser definido como procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita as restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico³⁸.

Quanto à natureza jurídica, não há um consenso na doutrina, como explicita Paulo Afonso Cavichioli Carmona:

Existem diversos posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica do tombamento. Celso Antônio Bandeira de Mello, Ruy Cirne Lima, Adilson Abreu Dallari, por exemplo, entendem que o instrumento constitui servidão administrativa. Para José Afonso da Silva é o caso de limitação administrativa. No entanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Raquel Melo Urbano de Carvalho e José dos Santos Carvalho Filho o consideram como uma categoria

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁵ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 19.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 181.

³⁷ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 53.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 181.

autônoma, uma vez que no tombamento falta a coisa dominante, típica da servidão e não se trata de limitação administrativa porque há individualização do bem para inscrição em um dos Livros do Tombo³⁹.

No que diz respeito aos efeitos do Tombamento, o Decreto-Lei prevê no capítulo III quanto à alienação, deslocamento, transformações, imóveis vizinhos, conservação e fiscalização⁴⁰. Esses efeitos geram obrigações aos proprietários, aos vizinhos do patrimônio tombado e ao órgão responsável pelo tombamento. É a obrigação de fazer, não fazer e suportar pelo proprietário do bem tombado, aos vizinhos do imóvel tombado é a obrigação de não fazer e por último, obrigação de fazer do órgão competente para realizar o tombamento⁴¹.

O proprietário do bem tombado tem a obrigação positiva de preservar com obras de conservação do imóvel, assegurando as características intrínsecas que torne o bem histórico ou cultural. No caso de hipossuficiência econômica no custeio das obras, artigo 19 do Decreto-Lei 25/1937⁴², o proprietário deverá comunicar ao IPHAN, sob pena de multa avaliada em dobro pelo dano sofrido pela coisa. Caso queira alienar de forma onerosa, deverá dar preferência à União, Estados e Municípios, conforme artigo 22 do referido Decreto⁴³.

As obrigações negativas do proprietário impõem a obrigação de não destruir, demolir ou mutilar o imóvel tombado, e podendo reparar

³⁹ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 50.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

⁴² BRASIL. **Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 30 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

apenas com autorização do IPHAN, conforme artigo 17 do Decreto supracitado⁴⁴. Além disso, o proprietário tem a obrigação de suportar, como preceitua o artigo 20 do DL 25/37, a fiscalização da autoridade competente sem criar qualquer obstáculo, sob pena de multa⁴⁵.

Entretanto, os efeitos do tombamento atingem os imóveis vizinhos do patrimônio tombado, assim previsto no artigo 18, devendo todos os proprietários na vizinhança da coisa tombada não realizar qualquer obra que reduza ou impeça a visibilidade do patrimônio⁴⁶. É servidão administrativa, como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de servidão administrativa em que dominante a coisa tombada, e serviente, os prédios vizinhos. É servidão que resulta automaticamente do ato do tombamento e impõe aos proprietários dos prédios servientes obrigação negativa de não fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade da coisa tombada e de não colocar cartazes ou anúncios; a esse encargo não corresponde qualquer indenização⁴⁷.

As obrigações de fazer do órgão fiscalizador, o IPHAN, consiste em determinar as obras de conservação do bem, na hipótese de omissão do proprietário e desapropriar o imóvel. Cabe também ao IPHAN, a vigilância sobre as coisas tombadas, fiscalizando-as para assegurar sua preservação e a transcrição do tombamento no registro de imóveis com a averbação ao lado do domínio⁴⁸.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185-186.

⁴⁵ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Intervenção do Estado na propriedade: instrumentos tradicionais e novos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 53.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 186.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 186.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 188.

3 Palacete São Cornélio no Rio de Janeiro

O palacete São Cornélio, localizado no bairro da Glória, na cidade do Rio de Janeiro – RJ, foi tombado pelo IPHAN no Livro de Belas Artes, inscrição 175, de 15/07/28, processo número 0010-T-38⁴⁹.

O imóvel foi construído em 1862, com arquitetura neoclássica, sendo adquirido em 1868 pelo Comendador João Cornélio para sua residência. Deixou o imóvel como legado para a Santa Casa de Misericórdia, que transformou o imóvel no Asilo São Cornélio, para meninas órfãs. Em 1970, a legatária locou o imóvel para uma instituição de ensino superior privada. O imóvel foi desocupado e até hoje não é preservado⁵⁰.

Registre-se a dificuldade de apresentar a breve história do Palacete São Cornélio, em razão da pouca bibliografia disponível, da impossibilidade de se aprofundar no tombamento, objeto de estudo deste trabalho, pelo fato do órgão competente, o IPHAN, não auxiliar na pesquisa, para a melhor compreensão do processo administrativo do tombamento e a história do bem tombado.

3.1 O abandono e a necessária intervenção do Palacete São Cornélio

A proprietária, Santa Casa de Misericórdia, não preserva o patrimônio histórico e cultural desde 1996, conforme apurou o Ministério Público Federal na Ação Civil Pública nº 0002510-

⁴⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF denuncia Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro por dano ao patrimônio**. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/389400858/mpf-denuncia-santa-casa-de-misericordia-do-rio-de-janeiro-por-dano-ao-patrimonio>. Acesso em: 25 maio 2018.

⁵⁰ RABELLO, Sônia. **Palacete São Cornélio: preservação adiada?** 02 abr. 2012. Disponível em: <http://www.soniarabello.com.br/palacete-sao-cornelio-preservacao-adiada-2>. Acesso em: 25 maio. 2018.

31.2011.4.02.5101⁵¹. Não obstante a falta de qualquer manutenção, não houve atuação no sentido de garantir a segurança dos bens móveis presentes no imóvel, que inclusive já foram furtados. É o caso da escultura Atalanta, feita de ferro fundido e produzida na França, pertencente ao catálogo da Val D’Osone, berço da fundição artística francesa, furtada por ladrões especializados em obras de arte⁵².

O grupo criminoso foi investigado pela Polícia Federal por furtar diversas obras de artes que estavam dentro do Palacete São Cornélio, sendo o mesmo capturado e diversas peças recuperadas no local onde o grupo foi encontrado⁵³.

Diante do estado de abandono, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 0002510-31.2011.4.02.5101 no Tribunal Regional Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, distribuída na 8º Vara Federal, em que figuraram no polo passivo o IPHAN e a Santa Casa de Misericórdia, com o pedido liminar de realização de obras restauradoras do Palacete São Cornélio e com pedidos de indenização correspondentes aos danos patrimoniais e a restauração do Palacete São Cornélio em seu estado original.

O juiz da 8º Vara Federal, decidiu liminarmente deferindo a medida cautelar, determinando que a Santa Casa de Misericórdia cumprisse as providências listadas, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de 5.000,00 (cinco mil reais).

Em 2015, foi prolatada a sentença de mérito com o julgamento procedente do pedido, condenando a Santa Casa de Misericórdia e o

⁵¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF denuncia Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro por dano ao patrimônio**. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/389400858/mpf-denuncia-santa-casa-de-misericordia-do-rio-de-janeiro-por-dano-ao-patrimonio>. Acesso em: 25 maio. 2018.

⁵² GRELLET, Fábio. Estátua de 400 kg de prédio tombado é furtada no Rio. **Estadão**, São Paulo, 3 nov. 2011. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral/estatua-de-400kg-de-predio-tombado-e-furtada-no-rio.794280>. Acesso em: 25 maio 2018.

⁵³ VEJA. **Polícia recupera itens furtados do Palacete São Cornélio**. São Paulo, 05 nov. 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/policia-recupera-itens-furtados-do-palacete-sao-cornelio/>. Acesso em: 13 out. 2020.

IPHAN a desenvolver um projeto de restauração do Palacete São Cornélio no prazo não superior de 150 dias e a execução desse projeto no prazo não superior de 12 meses, sob pena de multa diária de 1.000,00 (mil reais) e indenização correspondente aos danos patrimoniais causados pela omissão do IPHAN e Santa Casa de Misericórdia.

No entanto, após a condenação, como mostrado acima o imóvel continuou abandonado. Assim, o Ministério Público Federal ajuizou uma denúncia, número 0501218-75.2016.4.02.5101, distribuída na 8ª Vara Federal Criminal, por crime ambiental, previsto no artigo 62, inciso I, da Lei 9.605/98⁵⁴, Lei de crimes ambientais. Embora ajuizada em 2016, o processo não tem ainda sentença mérito.

Até o mês de maio de 2018, quando da realização de uma visita, o patrimônio histórico e cultural Palacete São Cornélio permanecia abandonado, conta apenas com uma tela metálica para proteção, no lado voltado para a rua do Catete. Telhado destruído, piso de madeira infestado por cupins, escombros e energia elétrica cortada.

O estado de abandono do Palacete São Cornélio pela proprietária e pelo Poder Público, além de ofender o direito à cultura, leva perigo à saúde pública devido a existência de jardins e espaços que podem acumular água de chuvas e tornar-se foco do mosquito da dengue.

Cabe esclarecer que não foi encontrado nenhum registro sobre o furto das obras de arte. Além disso, foi encontrado dentro do imóvel uma placa do IPHAN que informa a realização de serviços emergenciais de recuperação do prédio, que não ocorreu até então, jogado no canto de uma das paredes, indicando o abandono que o patrimônio tombado sofre.

⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

Considerações finais

A pesquisa trilhou a compreensão do moderno entendimento de patrimônio histórico, meio ambiente cultural, o conceito de cultura, sua importância e a proteção na Constituição Federal de 1988, sobre o tombamento como instrumento de proteção do patrimônio histórico e cultural.

Nessa linha de estudo, verificou-se que o Estado pode intervir na propriedade privada a fim de resguardar a preservação e a conservação deste bem, à luz da proteção à cultura, como determina a Constituição Federal de 1988, nos artigos 215 e 216.

Depreende-se da pesquisa que o tombamento do Palacete São Cornélio não é eficaz, porque não atinge os seus objetivos de preservar e conservar o patrimônio histórico e cultural, situado no bairro da Glória. Ao adentrar no imóvel, não resta dúvidas que embora o bem esteja tombado, esta condição não é suficiente para garantir que o patrimônio permaneça na forma original, pois o atual estado físico do São Cornélio é de total abandono, com risco, inclusive de desabamento.

Face o estado de abandono, o Ministério público Federal pediu a concessão de medida cautelar na Ação Civil Pública nº 0002510-31.2011.4.02.5101, tramitando na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, para a realização de obras emergenciais. O Juízo deferiu a medida cautelar em razão do avançado estado de deterioração que coloca em risco a estrutura do bem e as pessoas.

Diante da inércia do Poder Público e da proprietária, que são omissos quanto à preservação e conservação do espaço tombado, verifica-se que o instrumento do tombamento é insuficiente para atingir o objetivo: a preservação do imóvel na sua forma original.

O bem tombado, o Palacete São Cornélio, é cultura, pelo fato de preservar a história do Homem e permitindo às novas gerações o entendimento de seu passado e até mesmo a formação de sua identidade social com o acesso aos patrimônios que guardam em si a história de um

povo. É o que assegura a Constituição Federal de 1988, nos artigos 215 e 216, garantindo a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultural nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais do patrimônio cultural, material ou imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Além do exposto, o imóvel tombado e abandonado não apenas viola os direitos culturais, como também ofende o princípio da função social da propriedade positivado no artigo 5º, inciso XXIII da CRFB/1988, em razão do espaço abandonado pela proprietária e o Poder Público, que poderia atender outros interesses do povo, conjugando a preservação e conservação do imóvel com a ocupação com função social.

Não obstante a violação dos direitos culturais constitucionais, foi constatado através de uma ficha de controle de inspeção sanitária, colada numa das portas do imóvel, a última visita de um órgão da Prefeitura Municipal da cidade do Rio de Janeiro, datado de 09 de abril de 2004, o que nos leva a concluir que o abandono também viola o direito à saúde, redigido nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal de 1988, posto que a ausência de preservação e conservação permite a proliferação de insetos, pragas e doenças, colocando em risco a saúde de todos que moram no entorno.

Resta evidente, que apenas o tombamento de qualquer patrimônio histórico e cultural, salvo exceções, é ineficaz e não atinge a finalidade que se propõe, pelo fato do desinteresse público de intervir na propriedade privada, acarretando o mau uso do particular sobre o bem tombado, desviando da finalidade de preservar e conservar.

O que se percebe é que o tombamento é apenas uma etapa inicial da preservação e conservação do patrimônio histórico e cultural, pois após a aplicação do instrumento de proteção, o Poder Público nada faz para fiscalizar e assegurar a integridade do bem tombado. Com a

omissão, o proprietário do imóvel tombado atua de forma danosa, sem qualquer intenção de manter a preservação do patrimônio.

Para atingir a efetividade do tombamento, faz-se mister uma postura atuante do Poder Público, como o Plano Nacional de Cultura, previsto no artigo 215, §3º da Constituição da República de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 48 de 2005, que visa o desenvolvimento cultural do País e a integração das ações do poder público que a conduzem. Ou seja, não basta o órgão competente tomar a propriedade se não houver uma atuação pública sobre os bens tombados, sob o risco de total abandono, como podemos constatar no Palacete São Cornélio.

Ademais, é possível a desapropriação do bem tombado pelo IPHAN, conforme o artigo 19 do Decreto Lei 25/37, caso o proprietário não disponha de recursos para realizar obras de conservação e reparação, o que pode ser feito legalmente, como uma medida de garantir a preservação e conservação do patrimônio histórico e cultural.

Por fim, o estudo permitiu a observação do ato de tombamento e de seus efeitos no Palacete São Cornélio, chegando a inequívoca conclusão que o instrumento, por si só, é ineficaz, não sendo suficiente para atingir o objetivo de preservação e conservação do patrimônio histórico e cultural.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos direitos difusos no direito brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 39, n. 2, p. 53-61, 1982.

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

[2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 30 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

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. Diário Oficial da União, Brasília, 2 ago. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 21 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf. Acesso em: 02 mar. 2018.

CAVEDON, Fernanda Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. São Paulo: Momento atual, 2003.

DA MATTA, Roberto. A dualidade do conceito de cultura. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 20 maio 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**. Rio Grande do Sul, v. 2, n. 1, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GRELLET, Fábio. Estátua de 400 kg de prédio tombado é furtada no Rio. **Estadão**, São Paulo, 3 nov. 2011. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral.estatua-de-400kg-de-predio-tombado-e-furtada-no-rio.794280>. Acesso em: 25 maio. 2018.

IPHAN. **Bens tombados e processos de tombamento em andamento**. Rio de Janeiro, 2017.

LEAL, Georla Cristina Souza de Gois; FARIAS, Maria Sallydelândia Sobral de; ARAUJO, Aline de Farias. O processo de industrialização e seus impactos no meio ambiente. **Qualit@s Revista Eletrônica**, Campina Grande, v. 7, n. 7, p. 01-12, 2008. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/128/101>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF denuncia Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro por dano ao patrimônio**. Rio de Janeiro, 2016.

PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. A Conferência de Estocolmo como ponto de partida para proteção internacional do meio ambiente. **Revista direitos fundamentais & democracia**, Santa Catarina, v. 6, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

UNESCO. **Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea**. Nairóbi, novembro de 1976. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20de%20Nairobi%201976.pdf>. Acesso em 13 out. 2020.

VEJA. **Polícia recupera itens furtados do Palacete São Cornélio**. São Paulo, 05 nov. 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/policia-recupera-itens-furtados-do-palacete-sao-cornelio/>. Acesso em: 13 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre ambiente humano**. Estolcomo, 1972. São Paulo: USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Medio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

ZANDONADE, Adriana. **Tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Constitucional

A proteção dos direitos fundamentais no Registro Civil das Pessoas Naturais

Protection of fundamental rights in Civil Registry of Natural Persons

Deilton Ribeiro Brasil*
Débora de Freitas Palhares*
Maria Laura Vargas Cabral*

Resumo: O artigo visa apontar os documentos oficiais de Registro civil como meio de aplicação efetiva de cidadania correspondente à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da aplicação de seus atos destinados ao indivíduo. Cabe mencionar, portanto, que os referidos atos oficiais devem coadunar com a proteção aos direitos fundamentais. Daí a ideia necessidade de desburocratização dos trâmites cartorários, de modo a propiciar um amplo acesso aos direitos inerentes à pessoa humana, sejam eles o nome, registro matrimonial, registro de óbito, entre outros. Busca-se para construção do presente artigo asseverar a necessidade de fortalecimento dos serviços registrais, e sua estruturação como avanço no reconhecimento dos direitos fundamentais e sua materialização, objetivo primordial de um Estado Democrático de Direito como o Brasil, o que demonstra a relevância da temática. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-dedutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG e das Faculdades Santo Agostinho – FASASETE.

* Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna-MG. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral, Português Jurídico, Direito Processual e Tributário pela Faculdade Integrada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

* Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pela Faculdade Pitágoras - Divinópolis. Professora da Fundação Educacional de Oliveira (FEOL). Advogada.

Palavras-chave: Proteção constitucional. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Registro civil das pessoas naturais. Efetividade.

Abstract: The article aims to point out the official documents of civil Registry as means of effective application of citizenship corresponding to the application of the dignity of the human person principle from the application of his acts destined to the individual. It should be mentioned, therefore, that these official acts must be consistent with the protection of fundamental rights. Hence the idea of reducing the bureaucracy of the paperwork, in order to provide broad access to the rights inherent to the human person, be they name, matrimonial registration, death registration, among others. It is sought to construct the present article to assert the need to strengthen registration services, and its structuring as an advance in the recognition of fundamental rights and their materialization, the primary objective of a Rule of law as Brazil, which demonstrates the relevance of the subject. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by descriptive-deductive method, which had instructed the analysis of legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords: Constitutional protection. Fundamental rights. Dignity of human person principle. Civil registry of natural persons. Effectiveness.

Introdução

A pesquisa tem por finalidade verificar a importância do Registro Civil das Pessoas Naturais na sociedade demonstrando que os registros nele realizados são considerados um direito fundamental de todo ser humano, daí a elevada relevância social e jurídica, motivo de debates políticos e grandes inovações legislativas, no sentido de facilitar e incentivar o acesso da população ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O trabalho apresenta três seções, além da introdução e considerações finais, divididas em: os direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito; o registro civil das pessoas naturais como um direito coletivo; o registro civil das pessoas naturais e o seu papel na efetividade dos direitos fundamentais com subdivisões referentes ao registro de nascimento; convênio entre o serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais e a maternidade e o Provimento 13 do CNJ; registro de casamento; registro de óbito e a imunidade dos emolumentos do registro de nascimento e óbito e a primeira via da certidão respectiva.

A metodologia utilizada na realização desta pesquisa foi o método dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica documental. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Destaca-se o Registro Civil das Pessoas Naturais como um representante da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que tais serviços prestados possuem relevância universal, ou seja - de interesse de todos -, sem distinção, e tem como foco principal a salvaguarda do homem e sua dignidade. Desta forma, objetivou-se desenvolver um trabalho que demonstre a importância e o valor do registro civil das pessoas naturais, que busca, através de seus atos, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

1 Os direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988¹ vem a ser conhecida como a “Constituição cidadã” uma vez que, entre outros, positiva um leque de novos direitos e, em seu artigo 1º e incisos, consagra o princípio da dignidade humana como fundamento da nação, bem como a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. É a partir da sua promulgação que se confere à sociedade brasileira a possibilidade de assegurar, pela primeira vez em sua história, um período democraticamente estável, pautado pela proteção dos direitos individuais e sociais e com a possibilidade do funcionamento regular de suas instituições e o seu fortalecimento².

O objetivo principal de um Estado Democrático de Direito é garantir, concretizar, a todos os direitos indispensáveis ao exercício da dignidade da pessoa humana. O Estado deve garantir o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais. Direitos fundamentais são aqueles indispensáveis, imprescindíveis à condição humana; são direitos básicos e, portanto, chamados fundamentais, sem os quais se torna impossível viver em sociedade.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana logo em seu primeiro artigo, quando eleva a dignidade humana a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, por fim, o pluralismo jurídico.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

² BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; CAMPOS, Felipe Pante Leme de. A constituinte de 1986-1987 e a positivação de direitos e garantias no Brasil pós-ditadura militar. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 221-222.

Ela também implementa sistemas protetores dos direitos com base na dignidade da pessoa humana, fazendo dos direitos fundamentais importante parâmetro de interpretação. Inovou, ainda, ao se caracterizar como aberta e flexível quanto à recepção de novos direitos (artigo 5º, §2º), ampliando o rol de direitos protegidos quando instituiu a possibilidade de existência de outros direitos fundamentais que não apenas aqueles expressamente positivados em seu texto³.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o §3º do artigo 5º da Constituição Federal, buscou um aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos como decorrência da tutela avançada dos direitos fundamentais. Assim é que, os tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado previsto no citado artigo passam a ter o *status* de emenda constitucional.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida entende:

Direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e a sua existência com dignidade⁴.

Tem-se, portanto, que os direitos humanos e/ou direitos fundamentais têm como núcleo a proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, pode-se incluir o direito ao registro, referente ao Registro Civil das Pessoas Naturais, entre os direitos

³ BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; CAMPOS, Felipe Pante Leme de. A constituinte de 1986-1987 e a positivação de direitos e garantias no Brasil pós-ditadura militar. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 232.

⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 310.

humanos: um poder-dever que garante um mínimo necessário e imprescindível à dignidade humana.

2 O Registro Civil das Pessoas Naturais como um direito coletivo

A Constituição Federal de 1988 representa-se sem dúvidas na consagração de conquistas jurídicas, sociais e políticas, de longe, a mais importante da história do Brasil e mais transformadoras.

Uma das grandes novidades da Constituição Federal foi a inserção da tutela jurídica do Direito Coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Inovou, assim, na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria de uma nação democrática que pretenda transformar a realidade social.

Segundo Gregório Assagra de Almeida⁵, com a vigência da Constituição de 1988, não houve a recepção da *summadivisio* clássica: direito público e direito privado. Trata-se de *summadivisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o direito constitucional, representado pelo seu objeto formal, a Constituição Federal, composta tanto de normas de direito individual, quanto de normas de direito coletivo.

Nos dizeres de Gregório Assagra de Almeida,

O Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988 explicita o fundamento da nova *summadivisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos. Outros argumentos existem, cabendo destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da sociedade, com o Estado Democrático de Direito e a necessidade de se estabelecer enquadramento metodológico dos direitos, levando-se em

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 311-312.

conta os planos da titularidade e, especialmente, o plano da proteção e da efetivação do direito, para os quais se volta a ciência jurídica, de dimensão prática estabelecida, em tempos atuais, pelo pós-positivismo jurídico⁶.

Dessa forma, *asummadivisio*, implantada na Constituição Federal Brasileira de 1988, é a de direito coletivo e direito individual. Pois bem, o que nos interessa aqui é o direito coletivo. Conceitua o instituto, Gregório Assagra de Almeida⁷,

Direito coletivo pode ser conceituado como a parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido estrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses coletivos legítimos.

Nesse contexto, os direitos coletivos são de três espécies: direitos ou interesses difusos; direitos ou interesses coletivos em sentido estrito; e, direitos ou interesses individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor⁸, no parágrafo único do artigo 81, nos dá o conceito do que seriam esses direitos, ou melhor, que são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Gregório Assagra de Almeida⁹, preleciona

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 361-362.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 437.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/leis/18078.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 481-482.

Utilizando os critérios seguidos pelo CDC, verifica-se que, sob o aspecto subjetivo, os direitos ou interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis. Pelo aspecto objetivo, pertinente ao objeto dessa categoria de direitos ou interesses coletivos, observa-se que eles são indivisíveis. Por fim, pelo aspecto origem, verifica-se que os direitos ou interesses difusos têm origem comum, geralmente, sem vínculo jurídico prévio entre seus titulares.

Assim, pode-se dizer que essa espécie de direito é transindividual (metaindividual ou supraindividual), indivisível e pertencente à coletividade formada por pessoas ligadas por uma situação de fato. São considerados direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* pelo CDC, artigo 81, parágrafo único, inciso II, “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Gregório Assagra de Almeida¹⁰ ressalta ainda,

No sentido dos critérios do CDC, os direitos coletivos são, sob o aspecto subjetivo, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis. Sob o aspecto objetivo, por serem transindividuais e metaindividuais, são indivisíveis e indistinguíveis na forma dos difusos. Sob o aspecto origem, seus titulares – grupo, categoria ou classe de pessoas – estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica base, que é mantida entre si ou com a parte contrária.

Essa espécie de direito, portanto, é transindividual, de natureza indivisível, pertencente a um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, mas determináveis, e que tem origem em relação jurídica base que não se confunde com a relação jurídica controvertida que será

¹⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 483.

analisada no processo coletivo. Essa relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao direito do grupo, classe ou categoria.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor¹¹, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso III, de forma sucinta, conceitua os direitos individuais homogêneos como sendo “os decorrentes de origem comum”.

Completando o conceito, Gregório Assagra de Almeida¹² assevera que,

Usando dos critérios do CDC, extrai-se que, pelo aspecto subjetivo, os direitos ou interesses individuais homogêneos têm como titulares pessoas perfeitamente individualizadas, que podem ser indeterminadas, mas facilmente determináveis.

Pelo aspecto objetivo e pelo caráter predominantemente individualizado são eles divisíveis e distinguíveis entre seus titulares.

Pelo aspecto origem são eles de origem comum. Em relação à origem comum é que há ponto de semelhança entre os direitos ou interesses individuais homogêneos e os direitos ou interesses difusos, pois ambas as categorias, diferentemente dos direitos coletivos em sentido estrito, em que se exige prévia relação jurídica-base, geralmente nascem ligadas pelas mesmas circunstâncias, não obstante sejam, quanto à titularidade e ao objeto, totalmente distinguíveis.

Os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos, que, em razão de sua origem comum, podem ser tutelados de forma coletiva. Aqui há um vínculo em comum entre pessoas identificadas ou identificáveis, sendo o direito ou interesse divisível.

Portanto, analisando o Registro Civil de Pessoas Naturais e seus objetivos, pode-se concluir que se trata de um direito coletivo,

¹¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 485.

mais especificamente do tipo difuso, pois se trata de direito indivisível pertencente a titulares indetermináveis, a todos os indivíduos indistintamente.

3 O Registro Civil das Pessoas Naturais e o seu papel na efetividade dos Direitos Fundamentais

Seguindo a evolução dos tempos, o poder estatal passou a delegar os serviços de registro a pessoas físicas selecionadas em exame de títulos e provas, bem como corrigi-lo e fiscalizá-lo em conformidade com os ditames legais. À luz do artigo 1º da Lei de Registro Públicos (Lei nº 6.015/73)¹³, os serviços concernentes foram estabelecidos pela lei civil para publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Depreende-se dos textos constitucional e legal que fazer documentos públicos, autenticar fatos e dar publicidade jurídica a determinados fatos e situações relevantes para a sociedade constituem funções do Estado. No entanto, a própria Constituição Federal dispõe que os serviços notariais e de registro são exercidos por pessoas físicas, em caráter privado, por delegação do Poder Público (artigo 236 da Constituição Federal). Por sua vez, o artigo 3º da Lei nº 8.935/94¹⁴, que complementa a norma constitucional, estabelece que o notário ou tabelião, e o registrador ou oficial de registro, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício das atividades supracitadas.

¹³ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

Neste sentido, cabe ressaltar que, os Registros Públicos em geral, como o próprio nome já diz, trata-se de serviço público, porquanto alcança um número indeterminado de pessoas que a todos interessam. Interessando também ao próprio Estado, o que traduz um relevante interesse público. Todavia, tal serviço é prestado por particulares, ditos delegatários, aos quais o Poder Público delega tal prestação sob um regime que lhes é peculiar.

Sobre o serviço registral disposto na Lei nº 6.015/73, Walter Ceneviva acrescenta

Os serviços concernentes aos registros relacionados no artigo 1º são desempenhados em serventias confiadas a delegados do Poder Público (art. 2º). A estes o Estado delega a função de receber, conferir e transpor para seus livros declarações orais ou escritas sobre fatos jurídicos e negócios jurídicos dos interessados ou apresentantes. Feitos os registros, passam ao conhecimento de todos os que queiram ou devam ser informados a respeito, exceto os submetidos, por lei, ao sigilo¹⁵.

Pois bem, o Registro Civil de Pessoas Naturais é um serviço público regulado, basicamente, pelas Leis nº 6.015/73¹⁶, Lei nº 8.935/94¹⁷ e pelas Normas de Serviço editadas pelas Corregedorias Gerais de Justiça Estaduais, tendo a atribuição de garantir a publicidade, autenticidade,

¹⁵ CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

segurança e eficácia dos atos e fatos ocorridos ao longo da vida, bem como das questões de estado da pessoa natural.

O Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), como seu próprio nome indica, tem como foco de interesse a pessoa física ou natural, ou seja, o indivíduo, o ser humano. Cabem ao registrador civil o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde o seu nascimento até a sua morte, tendo em vista que tais fatos e atos repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas interessam a toda sociedade.

Como bem resume Luiz Guilherme Loureiro¹⁸,

Em suma, o Registro Civil das Pessoas Naturais é o repositório dos atos de estado civil, o mecanismo apto para constatação e publicação dos fatos e atos que definem o estado de uma pessoa física. Vimos acima que cabe ao Estado, por meio do Direito, a tutela da identidade e dos atributos dos indivíduos. Esta proteção não se limita à segurança do corpo e do espírito da pessoa humana, mas também ao livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade. Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana e, pelo fato desse ser humano ser revestido de personalidade própria, quando se tutela a pessoa, não se pode retirar do âmbito de proteção a personalidade, já que ambas estão relacionadas. Portanto, ao lado da igualdade formal, o direito também tutela a igualdade substancial, o que apenas é possível com a identificação do estatuto legal particular de cada indivíduo, que é dado por seu estado pessoal.

¹⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 140.

A importância do Registro Civil de Pessoas Naturais é de tal forma que seu serviço será prestado, além dos dias normais, aos sábados, domingos e feriados.

Nos termos do artigo 4º e seu §1º da Lei nº 8935/94,

Artigo 4. Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

§1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão.

Em face da sua importância e do fato de tratar de eventos urgentes e relacionados à existência da pessoa humana, o RCPN é o único serviço que trabalha de forma contínua, sem interrupção. Podem ser lavrados registros em qualquer dia e horário, inclusive aos finais de semana, sem que se verifique nulidade ou irregularidade dos assentos. Com efeito, ao contrário do que sucede no Registro de Imóveis e outros serviços, não incidem a proibição, nem a cominação de nulidade, no tocante ao Registro Civil das Pessoas Naturais, de atos de registro lavrados fora das horas regulamentares, ou em dias que não haja expediente.

De forma geral, as serventias de RCPN ficam abertas de segunda-feira a sexta-feira, ficando de plantão nos sábados, domingos e feriados. Os horários de funcionamento são fixados pelo juiz competente de acordo com as normas de cada Estado.

Portanto, pode-se dizer que o registro civil de pessoas naturais tem como função o registro de fatos e atos importantes para a identificação e proteção da pessoa natural e para sua vida jurídica e social, tais como o nascimento, casamento, óbito, interdição, emancipação, opção de nacionalidade, entre outros atos importantes

relacionados ao estado da pessoa. Enfim, facilmente se constata que o serviço em apreço tem como elemento o ser humano e a proteção à sua dignidade é visível nos atos que o registrador pratica.

3.1 Registro de Nascimento

O nascimento com vida faz surgir a pessoa natural e o atributo da personalidade jurídica (artigo 2º do Código Civil de 2002)¹⁹, ou seja, o principal efeito jurídico do nascimento com vida é a aquisição da personalidade. Logo, o nascimento é um evento natural do qual emanam atributos, tais como, o nome, o estado, o domicílio, o patrimônio ou ainda a capacidade jurídica, daí a relevância de determinar e de comunicar a todos os membros da sociedade a partir de que momento um indivíduo adquire personalidade, nasce. Esta função, desempenhada pelo registrador civil, diz respeito a uma questão fundamental do direito civil.

Os direitos da personalidade só foram admitidos, a princípio, como universais e inerentes ao indivíduo, a partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1948²⁰, após longa evolução histórica. Vários tratados internacionais procuraram efetivar tais direitos em diversos países. Esses direitos da personalidade são as prerrogativas de conteúdo extrapatrimonial, inalienáveis, perpétuas e oponíveis *erga omnes*, que correspondem a toda pessoa por sua condição de tal, a princípio, desde seu nascimento até a sua morte, e das quais não pode ser privada pelo Estado nem por outros particulares porque isso implicaria desrespeito a personalidade e conseqüentemente aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Os direitos personalíssimos constituem uma

¹⁹ 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

²⁰ ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

inconfundível categoria de direitos subjetivos essenciais, que pertencem à pessoa simplesmente por sua condição humana e que se encontram ligados ao indivíduo.

Tais direitos existem e são oponíveis *erga omnes* independentemente do registro e da publicidade do evento “nascimento”. Não obstante, as qualidades das pessoas devem ser constatadas para que possam ser provadas e levadas ao conhecimento de terceiros.

O registro de nascimento é o primeiro ato de cidadania da pessoa natural. Com ele, o ser humano tem a possibilidade de exercer os direitos mais básicos indispensáveis à sua dignidade.

Neste sentido, Luiz Guilherme Loureiro²¹

[...] Mas o principal, e que serve de origem para algum deles, é o registro de nascimento que por isso é denominado de primeiro documento da cidadania: trata-se de documento indispensável para a constatação das qualidades pessoais, não apenas pela prova das situações jurídicas, como também pela publicidade que garante a oponibilidade dessas situações.

Mário de Carvalho Camargo Neto e Marcelo Salaroli de Oliveira²² acrescentam ainda que,

É óbvio que ninguém precisa de uma certidão lavrada em cartório para ter a certeza de que está diante de uma pessoa humana, portanto, diante de um titular de direitos e deveres. No entanto, sem a certidão de nascimento, não é possível individualizar aquela pessoa; sem a certidão, não se sabe seu nome, sua idade, sua nacionalidade, sua filiação, enfim, não se sabe quem é.

²¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 181.

²² CAMARGO NETO, Mário de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). **Registro civil das pessoas naturais I**. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112.

Por isso, pode-se dizer que o registro civil de nascimento é um ato simples, sem maiores formalidades, desburocratizado e gratuito, porém sua importância é inegável, pois por meio dele emanam todos os demais direitos inerentes ao exercício da cidadania. Dessa forma, fica claro que o registro de nascimento é o suporte para todos os demais atos da vida civil de qualquer pessoa.

As principais características do registro de nascimento são: a gratuidade (por força constitucional do artigo 5º, inciso LXXVI²³, e pelo artigo 30 da Lei de Registros Públicos²⁴, por ser o registro e a certidão de nascimento considerados atos essenciais ao exercício da cidadania); perpetuidade (os registros de nascimento são conservados pelas serventias para sempre. Incumbe ao registrador conservar os livros e documentos que instruírem os registros em local apropriado, protegendo-os de qualquer fator que possa destruí-los, inclusive o tempo); obrigatoriedade (nos termos do artigo 51 da Lei nº 6.015/73²⁵, todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro. Quer a lei que todo nascimento seja objeto de registro).

Ainda sob a ótica da cidadania, o registro civil de nascimento traz os três elementos que identificam a pessoa natural, quais sejam: seu nome, seu domicílio e seu estado, este composto pelo político (concernente à naturalidade e à nacionalidade), individual (idade, sexo e capacidade) e, por fim, familiar (filiação, parentesco). Deste modo, resta claro que o registro de nascimento carrega os principais elementos

²³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

identificadores e a carga genealógica da pessoa natural, o que lhe franqueia conhecer seus ancestrais e sua origem familiar. Trata-se de direito fundamental da pessoa humana, portanto.

Neste sentido, é de se notar a importância do nome na identificação e individuação das pessoas. Segundo, Luiz Guilherme Loureiro²⁶

O nome, invocador de toda uma história, de um passado e de uma tradição familiar, continua a ser um importante elemento de identificação e, mais do que isso, um direito da personalidade. Pode-se afirmar que, nos dias atuais, os dois sistemas coexistem: o nome, para uso dos homens; o número para uso das máquinas. Com efeito, mais do que um mero sinal identificador do indivíduo, o nome constitui um direito inerente ao ser humano, de tal forma que não pode existir pessoa natural sem nome, tampouco é possível a sua renúncia.

A atribuição do nome à pessoa natural é um direito fundamental essencial. Dessa forma, o nome é o sinal que identifica e individualiza a pessoa no grupo familiar e na sociedade. É tão importante que o artigo 58 da Lei nº 6.015/73²⁷ dispõe que o prenome é definitivo. No entanto, este mesmo dispositivo estabelece a exceção ao princípio da imutabilidade do prenome no *caput* e no §1º, além de outras exceções previstas em lei.

Ocorria dúvida na questão do nome no caso de criança nascida morta (natimorto). Neste caso, não é feito o registro de nascimento. Segundo o artigo 53, §1º, da Lei nº 6.015/73²⁸, o registro da criança

²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 169.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

nascida morta deverá ser feito no Livro C Auxiliar, com os “elementos que couberem”. A lei não veda que os pais declarem no registro de criança nascida morta o nome e sobrenome do registrando. Pelo contrário, o artigo 53, §1º, da Lei nº 6.015/73²⁹ dispõe que, no caso de a criança ter nascido morta, o registro deve ser feito no Livro C Auxiliar com os elementos que couberem, e é certo que o nome é um dos elementos do registro de óbito (artigo 80, §5º, da Lei nº 6.015/73³⁰) e também do assento de nascimento (artigo 54, nº 4, da Lei nº 6.015/73³¹). Apesar do nascituro não possuir personalidade jurídica, a questão deve ser analisada não sob a ótica dos direitos do nascituro ou do natimorto, mas sim sob os direitos da gestante ou dos genitores e sob o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido deve ser entendido o Enunciado 1 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³²: “1 – Artigo 2º. A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Ainda acerca do nome, há de se frisar o importante papel do registrador no momento da lavratura do registro de nascimento. De acordo com o artigo 55, parágrafo único, da Lei nº 6.015/73³³, os

²⁹ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

³¹ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

³² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados sobre o novo Código Civil. Ministro Ruy Rosado (coord.). *In: I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.serius.com.br/noticias/antigas/online/enunciados.html>. Acesso em: 12 ago. 2018.

³³ BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

oficiais de registro não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores. Portanto, facilmente se constata que atribuir nome a outrem é coisa séria. Logo, deve o oficial de registro impedir qualquer tentativa do declarante no sentido de se tentar registrar algum nome capaz de expor seu portador a situações vexatórias. Sem sombra de dúvidas, esse poder atribuído ao oficial para impedir tal intento lamentável representa uma salvaguarda aos direitos da personalidade daquele que está preste a ter o nascimento registrado.

Uma questão que merece destaque apontar aqui é a recente decisão (09/05/2017) do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1626739/RS³⁴, acerca da possibilidade de alteração de nome e gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. O Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento ao recurso especial interposto autorizando a retificação do registro civil independente da cirurgia de transgenitalização sob o fundamento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, houve resguardo aos direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739-RS (2016/0245586-9). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Interes. M D DA LR. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Certidão de Julgamento 4ª Turma. Número Registro: 2016/0245586-9, Processo Eletrônico REsp 1.626.739/RS. J. 11 out. 2016. Disponível em: <http://sti.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/certidao-de-julgamento-484087927?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 ago. 2018.

felicidade (bem-estar geral). O Supremo Tribunal Federal acerca do assunto nos autos do Recurso Extraordinário nº 670422³⁵ fixou a seguinte tese: O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Ainda sobre o assunto em questão, o Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016³⁶ dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Tal Decreto ensejou a possibilidade de requerimento, pelas pessoas travestis e transexuais, de terem o nome social incluído no Cadastro de Pessoas

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670422-RS**. Min. Dias Toffoli. Recorrente: S. T. C. Recorrido: 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Amicus Curiae: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. DJe em: 29 jun. 2018; DJe edição extra nº 130/2018, divulgado em: 28 jun. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.ius.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁶ BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

Físicas (CPF), conforme Instrução Normativa nº 1.718/2017³⁷ da Receita Federal do Brasil. Porém, outros elementos identificadores lançados nos assentos registrares também são de suma importância. Um desses elementos é a nacionalidade.

Entende-se por nacionalidade o vínculo jurídico existente entre o Estado e o indivíduo, por meio do qual este se torna parte integrante do povo daquele. Cada Estado deve definir quem são seus nacionais. No caso do Brasil, é a própria Constituição Federal, com exclusividade, quem define os critérios para aquisição da nacionalidade brasileira. O artigo 12, inciso I, da Constituição Federal de 1988³⁸, estabelece quem são os brasileiros natos, ou seja, aqueles com nacionalidade originária brasileira. Segundo o critério *jus soli*, é brasileiro os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país. Pois bem, pode-se dizer que nascimento com vida dentro do território nacional confere ao nascido um vínculo jurídico-político de cidadão brasileiro para com a nossa pátria.

Neste sentido, José Afonso da Silva³⁹

Ora, a nacionalidade é um direito fundamental do homem, sendo inadmissível uma situação independente da vontade do indivíduo, que o prive desse direito. A Declaração Universal dos Direitos Humanos bem reconhece, quando estatui que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

³⁷ BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa nº 1.718, de 18 de julho de 2017**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=84588>. Acesso em: 12 ago. 2018.

³⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 320.

Outra situação muito recorrente que representa um avanço à proteção da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento da paternidade feito direta e administrativamente pela serventia extrajudicial, sem a necessidade de se passar pela demora de um processo jurisdicional. O Provimento nº 16 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁰ veio para facilitar a atribuição do vínculo de paternidade àqueles que foram registrados apenas com o nome da genitora.

Segundo tal provimento, a qualquer momento, mesmo após a lavratura do registro, a mãe poderá comparecer pessoalmente perante o oficial de registro civil de pessoas naturais e apontar o suposto pai, enquanto o filho não adquirir a maioridade. Quando completar dezoito anos, o próprio filho poderá comparecer perante o registrador e apontar o suposto pai. A partir daí, o registrador seguirá o procedimento simplificado da Lei nº 8.560/1992⁴¹.

Pode ocorrer, ainda, que o próprio pai procure o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais para reconhecer espontaneamente a paternidade de filho cujo vínculo parental não foi estabelecido no registro de nascimento. O reconhecimento de paternidade deve ser declarado em documento particular que ficará arquivado em cartório. A própria serventia pode confeccionar o termo de reconhecimento de filho, contendo os dados identificadores do pai e do filho reconhecido, que deverá ser assinado por ambos, quando o reconhecido tiver completado a maioridade. Caso o filho reconhecido seja menor, o termo será assinado pelo pai e pela genitora.

⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 16**. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Disponível em: http://www.cnj.ius.br/wpcontent/uploads/2012/03/Provimento_N16.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8560.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

Indubitavelmente, isso representa mais uma amostra da atribuição de direitos fundamentais à pessoa humana, pela via desburocratizada do Registro Civil das Pessoas Naturais, sem perder de vista a segurança jurídica, eficácia, autenticidade e publicidade dos atos praticados.

3.1.1 Convênio entre o serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais e a maternidade e o Provimento 13 do CNJ

Para dar uma maior efetividade aos direitos fundamentais inerentes ao Registro Civil das Pessoas Naturais, existe um convênio entre as serventias e as maternidades, visando facilitar o registro de nascimento dos recém-nascidos e acabar com o sub-registro nos Estados brasileiros.

O CNJ editou o Provimento nº 13⁴² que tem por finalidade a erradicação do sub-registro civil de nascimento, mediante a instituição de convênios entre os serviços de registro civil de pessoas naturais e maternidades, para que os registros das crianças nascidas nestes estabelecimentos hospitalares sejam feitos em “tempo real”, isto é, no mesmo dia em que ocorrer o nascimento, com a entrega imediata da certidão concernente.

Desse modo, evita-se que os pais tenham que se locomover até a unidade de serviço competente para proceder à declaração do nascimento e providenciar tal registro. A distância entre a maternidade e os cartórios, a falta de condições econômicas dos pais para arcarem com o transporte até a serventia, além de outros fatores, contribui para o alto número de sub-registro nas regiões mais pobres do Brasil,

⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 13**. Dispõe sobre a emissão de certidão de nascimento nos estabelecimentos de saúde que realizam partos. Disponível em: http://atos.cnj.ius.br/files//provimento/provimento_13_03092010_26102012171643.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

prejudicando o exercício da cidadania e menosprezando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste programa, é criada as chamadas “unidades interligadas”, situadas nas maternidades conveniadas que interligarão o hospital às serventias de registro civil por meio de salas, devidamente aparelhadas, utilizando-se de sistema informatizado conectado à internet.

Um preposto da serventia (ou funcionário devidamente treinado do hospital) permanecerá diariamente nesta unidade, na qual procederá à recepção dos dados necessários ao registro do nascimento e sua remessa ao cartório, por meio da internet. Recebido os dados na serventia, será lavrado o registro de nascimento e enviada a respectiva certidão à unidade interligada. A certidão será então emitida na maternidade e entregue ao genitor, a fim de que a mãe e/ou a criança receba alta já com o seu primeiro documento de cidadania em mãos.

Segundo Luiz Guilherme Loureiro⁴³,

O primeiro passo para a implementação do programa é o estabelecimento do convênio com a maternidade local, para que seja reservada sala apropriada para o funcionamento da unidade interligada, bem como equipamentos necessários (computador, programa informático, acesso à internet, impressora e certificado digital). As pessoas responsáveis pela coleta, envio de dados e impressão da certidão de nascimento devem ser prepostas do cartório ou da maternidade. Neste último caso, deve ser treinada pelo registrador acerca das cautelas e procedimentos necessários para garantir a exatidão e veracidade dos dados exigidos por lei. O registrador não responde pelos danos causados aos usuários pelo preposto da maternidade, já que não possui com o mesmo qualquer vínculo jurídico, não se aplicando as figuras da culpa *in elegendo* ou culpa *in vigilando*.

⁴³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 217.

Cumpra ressaltar que a Unidade Interligada que conecta estabelecimento de saúde aos serviços de registro civil não é considerado sucursal da serventia, o que é vedado pela Lei nº8.935/94⁴⁴, uma vez que, pode se relacionar com diversos cartórios situados no município em que se localiza o hospital.

A permanência do registrador ao Sistema de Unidades Interligadas não é obrigatória. De qualquer forma, o registro de nascimento e a entrega da certidão competente aos pais que ainda se encontram no hospital é um serviço de relevância pública e deve ser garantido, ainda que por outros mecanismos.

3.2 Registro de Casamento

É no Registro Civil de Pessoas Naturais que se lavram um dos mais importantes e solenes atos da vida civil da pessoa humana: o casamento. O casamento é um dos modos de constituição da família e se caracteriza pela comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. A Constituição Federal de 1988⁴⁵, em seu artigo 226, §5º, dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. A instituição do matrimônio é protegida pela Constituição, que veda qualquer interferência de pessoa de direito público ou privado na vida familiar.

Logo, denota-se que o casamento tem um caráter instrumental, porquanto representa, ao mesmo tempo, forma de constituição de família, bem como meio jurídico-legal para que duas pessoas se unam com

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

propósitos comuns, a fim de alcançarem a realização plena e felicidade pessoal. Trata-se, pois, de verdadeiro direito humano fundamental.

Por se tratar de uma importante alteração do estado da pessoa natural acarretando também consequências jurídicas que vai além do âmbito de vida do casal, o casamento deve ser registrado no Livro B ou, a depender, Livro B-Auxiliar, para que possa ganhar publicidade irrestrita e chegar ao alcance de toda a sociedade.

Cumprе destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ⁴⁶ e da ADI nº 4.277/DF⁴⁷, conferiu ao artigo 1723 do Código Civil de 2002⁴⁸ interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal deixa claro que o instituto da união estável se aplica tanto aos casais heterossexuais, quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda consoante Luiz Guilherme Loureiro⁴⁹,

Na ação supracitada, o STF deixou assentado que a Constituição não proíbe a formação de família por pessoa

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ**. Min. Rel. Ayres Brito. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Tribunais de Justiça dos Estados. Despacho de 06 ago.2013 (DJE nº 159, divulgado em 14 ago. 2013). Disponível em: <http://portal.stf.ius.br/processos/detalhe.asp?incidence=2598238>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-DF**. Rel. Min. Ayres Brito. Requerente: Procuradora Geral da República. Interessado: Presidente da República. Interessado: Congresso Nacional. Decisão de 05 nov. 2014 (DJE nº 220, divulgado em 07 nov. 2014). Disponível em: <http://portal.stf.ius.br/processos/detalhe.asp?incidence=11872>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴⁸ 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/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 260.

do mesmo sexo. Pelo contrário, os princípios nela consagrados, notadamente o da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantem a cada pessoa a livre escolha de seu parceiro afetivo e sexual e os companheiros em razão de sua orientação sexual.

Neste sentido, é notório concluir que se a lei garante a possibilidade da conversão da união estável em casamento, em se tratando de casais heterossexuais, o mesmo direito vale para os casais homoafetivos. E, por igual razão, é possível o casamento direto entre homossexuais. Confirmando tal entendimento, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013⁵⁰, que veda a recusa de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

3.3 Registro de Óbito

A personalidade civil se extingue com a morte. A morte é um fato natural que produz efeitos jurídicos relevantes e, por isso, deve ser tornada pública aos demais membros da comunidade, não só para prova da não mais existência física e jurídica da pessoa, como para que os efeitos jurídicos derivados de tal evento possam ser oponíveis *erga omnes*.

Em decorrência da morte surgem diversas situações jurídicas, as quais, entretanto, exigem prova do falecimento e esta é o registro do óbito, refletido através da certidão de óbito. Desta forma, se prova a morte pela certidão extraída do assento de óbito.

Portanto verifica-se o papel preponderante do Registro Civil de Pessoas Naturais quando do registro de óbito no resguardo dos direitos fundamentais. Há, não somente no assento de óbito, mas em

⁵⁰ BRASIL Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://atos.cnj.ius.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

qualquer ato praticado pelo RCPN, um papel difuso na implementação de políticas públicas pelo Estado, pois os dados recolhidos por tais serventias na realização de seus atos são repassados ao Poder Público que, por meio deles, pratica esforços na consecução de programas destinados à realização de interesses públicos nas mais diversas áreas. Por exemplo, por meio dos dados constantes dos registros de óbitos, o Poder Público tem a possibilidade de realizar estudos, pesquisas e investimentos na área de saúde pública. Cumpre ainda salientar que todas as informações prestadas pelo RCPN ao Poder Público são destituíveis de qualquer custo, além do que este tem acesso aos dados repassados de forma precisa.

3.4 A imunidade dos emolumentos do registro de nascimento e óbito e a primeira via da certidão respectiva

Devido à importância do registro civil de nascimento e de óbito, a Constituição Federal de 1988⁵¹, previu no seu artigo 5º, inciso LXXVI, que o assento de nascimento e de óbito são gratuitos e, ainda, que realizados fora dos prazos legais, sobre eles não incidirão eventuais multas. Todas as pessoas humanas, sem distinção, passam pelo Registro Civil de Pessoas Naturais, ao menos duas vezes na vida: quando nascem e quando morrem.

Nos termos do artigo 45 da Lei nº 8.935/94⁵², “são gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva”. Não há sentido na cobrança, tendo em vista que os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e

⁵¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

⁵² BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

com seu exercício. Extrai-se dessa imunidade a facilidade de acesso ao registro civil, representando assim uma importante ferramenta destinada a reduzir sub-registro no Brasil, entre outras consequências.

Cumpra salientar que não apenas o registro de nascimento e óbito são isentos de emolumentos, mas também o casamento civil tem isenção declarada no artigo 226, §1º da Constituição Federal⁵³ e no artigo 1.512, parágrafo único, do Código Civil de 2002⁵⁴, pois impõem a todos a gratuidade da celebração matrimonial, bem como, para os reconhecidamente pobres, a habilitação, o registro e a primeira certidão de casamento, conforme conceito legal. Neste ato, referente ao casamento, o benefício da gratuidade não é geral, mas direito subjetivo dos reconhecidamente pobres.

Tais isenções são tão importantes que será extinta a delegação ao oficial de registro pelo seu descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida pela Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. Portanto, mais uma amostra do importante papel do Registro Civil de Pessoas Naturais, contribuindo para o reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano⁵⁵.

⁵³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

⁵⁴ 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/2002/110406.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997**. Dá nova redação ao artigo 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao artigo 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os artigos 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9534.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

Considerações finais

O Registro Civil das Pessoas Naturais tem como foco de interesse a pessoa física, o indivíduo, o ser humano. Cabe a este serviço o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde o seu nascimento até a sua morte, uma vez que tais fatos e atos repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas também interessa a toda a sociedade.

Hoje, o principal núcleo de proteção da ordem jurídica é a pessoa humana, pois o resguardo da dignidade da pessoa humana e da cidadania são fundamentos da República Federativa do Brasil.

É claro, porém, que há muito a se caminhar na busca da otimização da eficácia dos direitos fundamentais, principalmente tendo-se em mira aumentar a efetivação de tais direitos na prática. De nada adianta uma teoria primorosa sobre direitos desta natureza, enquanto presenciavam-se violações destes no cotidiano.

O Registro Civil de Pessoas Naturais, ciente do papel fundamental que exerce, busca modernizar seus atos sempre na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, têm a todo tempo buscado a melhoria dos serviços prestados, a inclusão de novas atribuições e a modicidade das custas e emolumentos cobrados, sempre com o objetivo de garantir os direitos fundamentais à população brasileira. Claro que tal esforço é enviado sem perder de vista a segurança jurídica, a autenticidade, a eficácia e a publicidade dos atos praticados, que são, em última análise, os fins precípuos das instituições registras e notariais como um todo.

Portanto, o fortalecimento do Registro Civil das Pessoas Naturais representa um avanço na proteção dos direitos fundamentais, na medida em que tais serviços prestados são de interesse de todos, sem distinção e tem como foco principal a salvaguarda do homem e sua dignidade.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; CAMPOS, Felipe Pante Leme de. A constituinte de 1986–1987 e a positivação de direitos e garantias no Brasil pós-ditadura militar. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 219-236.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciados sobre o novo Código Civil. Ministro Ruy Rosado (coord.). *In*: **I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: http://www.serius.com.br/noticias_antigas/on-line/enunciados.html. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 13**. Dispõe sobre a emissão de certidão de nascimento nos estabelecimentos de saúde que realizam partos. Disponível em: http://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_13_03092010_26102012171643.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 16**. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2012/03/Provimento_N16.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_175_14052013_16052013105518.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20152018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8560.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997**. Dá nova redação ao artigo 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao artigo 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os artigos 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9534.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

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/2002/11/0406.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa nº 1.718, de 18 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**, 20 jul. 2017. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visa_o=anotado&idAto=84588. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.626.739-RS (2016/0245586-9). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Interes. M D DA LR. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Certidão de Julgamento 4ª Turma. Número Registro: 2016/0245586-9, Processo Eletrônico REsp 1.626.739/RS. J. 11 out. 2016. Disponível em: <http://sti.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9/certidao-de-julgamento-484087927?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Requerente: Procuradora Geral da República. Interessado: Presidente da República. Interessado: Congresso Nacional. Decisão de 05 nov. 2014 (DJE nº 220, divulgado em 07 nov. 2014). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ**. Min. Rel. Ayres Brito. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Tribunais de Justiça dos Estados. Despacho de 06 ago. 2013 (DJE nº 159, divulgado em 14 ago. 2013). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670422-RS**. Min. Dias Toffoli. Recorrente: S. T. C. Recorrido: 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AmicusCuriae: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. DJe em: 29 jun. 2018; DJe edição extra nº 130/2018, divulgado em 28 jun. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 14 jan. 2020.

CAMARGO NETO, Mário de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento. *In*: CASSETTARI, Christiano (coord.). **Registro civil das pessoas naturais I**. Coleção Cartórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DU-DH.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Legitimidade Ativa do Ministério Público na defesa dos direitos individuais ao acesso à saúde pública

Active legitimacy of prosecution service in the defense of individual rights to access the public health service

Ana Isadora Ferreira de Araújo*

Henrique França Aragão Dias*

Resumo: Cabe ao Estado o papel de efetivar os direitos sociais e ser um garantidor da igualdade entre as pessoas que habitam àquela determinada jurisdição, tendo como principal objetivo a diminuição das desigualdades vivenciadas durante décadas no Brasil ao longo do período ditatorial militar. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu artigo 6º um rol de garantias sociais que devem ser asseguradas pelo Estado, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desempregados. A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar a legitimidade ativa do Ministério Público para atuar em demandas individuais, pleiteando o direito de cidadão em receber medicamentos por parte dos entes federativos, à luz do tema dos Recursos Repetitivos tema 766 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Estado como garantidor. Direito à saúde. Princípio da Igualdade. Legitimidade Ativa do Ministério Público. Tema 766 do Superior Tribunal de Justiça.

* Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: isadorafferreiraraujo1995@gmail.com.

* Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo de Família e Sucessões pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). E-mail: henrique_franca@hotmail.com.

Abstract: It's the State's duty to actualize the social rights for and be a guarantor of the equality between the people who inhabit that specific jurisdiction, having as the main objective decrease of the inequalities happened during decades in brazilian's military dictatorship. The Constitution of Brazil's Republic Federation of 1988 brings in its 6th article a list of social guarantees that must have been secured by the State, being them: education, health care, feeding, work, home, recreation, safety, social security, protection to the maternity and the childhood and assistance to the unmployed. This research haves as its main objective analyze the active legitimacy of the Prosecution Service to act in individual demands, pleading the citizen's right to receive medication from federative entities, following the Repetitive Appeals, the Supreme Federal Court's 766 subject.

Keywords: State as Guarantor. Healt Care Right. Equality Principle. Prosecution Service's Active Legitimacy. Supreme Federal Court's 766 subject.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz consigo a ordem da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, ressaltando em seu texto legal normas e princípios. Um de seus fundamentos é o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem sua previsão legal no artigo 1º, inciso III¹, bem como já era tratado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948², na qual garantia o reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana, no fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Assim, como o nome fala por si só, o próprio princípio tem

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

² ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

como fundamento a essência das pessoas e esta, por sua vez, pressupõe a própria vida do indivíduo em sociedade.

O ano de 1988 marca a redemocratização do regime político do Brasil, bem como institucionaliza os direitos humanos após mais de vinte anos vivendo sob a égide do regime militar ditatorial, sendo assim a primeira Constituição a afirmar que os direitos sociais equivalem a direitos fundamentais, resguardando, sua aplicação de imediato³.

Desta feita, após o marco da promulgação da Constituição da República, sabe-se que a sociedade passa a ter os direitos fundamentais garantidos, podendo exigir a qualquer momento do Estado a sua efetivação, independentemente da classe social, raça ou etnia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, em seu artigo XXV⁴, estabelece que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Os direitos fundamentais foram convencionados ao longo de cinco dimensões, mas tão somente na segunda dimensão é que foram resguardados os direitos sociais – o qual inclui o direito à saúde – impulsionado pela Revolução Industrial, na qual se exigia igualdade material quanto aos direitos difusos e coletivos. Nesse sentido teríamos o Estado como garantidor da promoção e efetivação destes direitos a fim de se realizar uma justiça social⁵.

Com o marco dos direitos de segunda dimensão, fomentou-se o princípio da igualdade, preconizando a efetividade da constituição na

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90-91.

⁴ ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

sociedade, alcançando a igualdade material, deixando de lado a igualdade formal na forma da lei e imputando alguns privilégios para que se atingisse a paridade entre os grupos sociais⁶.

Todo e qualquer ser humano tem direito à uma vida justa, com o mínimo existencial que garanta a sua sobrevivência, ou seja, ter uma casa para habitar, acesso à educação para que possa se qualificar e entrar no mercado de trabalho, bem como acesso à saúde em tempo integral. É o que estabelece o princípio do mínimo existencial, que tem como finalidade o conjunto de bens e utilidades indispensáveis a existência humana digna. Para Luiz Roberto Barroso⁷, o mínimo existencial previsto no ordenamento jurídico pátrio abrange os direitos à Saúde, à Educação Fundamental e à Moradia.

Para que o mínimo existencial seja algo que todos tenham acesso, é necessário que haja a intervenção do poder público afim de instaurar sistemas de universalização de garantias sociais. Desse modo, após a promulgação da constituição de 1988, foi instaurado o Sistema Único de Saúde, com o objetivo de assegurar uma saúde universal, ou seja, para que todos tivessem acesso, aos cuidados necessários e pertinentes em qualquer circunstância⁸.

Incumbe ao Estado a efetivação de garantir uma saúde digna e de qualidade para todos que habitam ou que estão em solo brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal confere proteção imediata à

⁶ FIQUENE, Gisele Torres. Igualdade Material x Igualdade Formal: uma discussão sobre o sistema de cotas nas universidades brasileiras. **Revista Digital Simonsen**. Rio de Janeiro, n. 2, maio, 2015. Disponível em: http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2015/05/Revista-Simonsen_N2-Giselle%20Fiquene%20Cotas%20Raciais_Direito.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 123.

⁸ PESCUMA JUNIOR, Antônio. O Financiamento do Fundo Nacional de Saúde: uma análise dos recursos financeiros da média e alta complexidade do SUS. *In: Congresso Brasileiro de Política Planejamento e Gestão em Saúde*. 2013. Disponível em: <http://www.politicaemsaude.com.br/anais/trabalhos/publicacoes/185.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

vida e à saúde do cidadão. Tal proteção deve ser objeto de especial atenção do Estado, que deverá estabelecer políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos, bem como o fornecimento do que for necessário para tratamentos e cuidados à saúde, incluindo o fornecimento de medicamentos, estes que são objeto de estudo da presente pesquisa.

É válido destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, através da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855178, Relator Ministro Luiz Fux, que entendeu que é obrigatoriedade do Poder Público (União, Estados e Municípios) em fornecer gratuitamente às pessoas carentes e portadoras de doenças graves, medicamentos destinados a assegurar condições do direito a continuidade da vida digna e a preservação da saúde, sendo do Poder Público a legitimidade para tal. Também cabe a este formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Para melhor compreensão do caso, segue ementa da decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. **O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente (RE855178 RG/SE – SERGIPE REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator: Min. LUIZ FUX**

Julgamento: 05/03/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico) [grifo nosso]⁹.

Se de um lado temos os entes federativos como garantidores da universalidade de saúde, de outro temos os órgãos fiscalizadores da efetivação desses direitos. Por conseguinte, a Constituição prevê as funções essenciais à justiça, incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe entre os artigos 127 a 130 da Constituição Federal de 1988¹⁰.

Como bem posicionado por Barros, Martins e Alves, com a alta demanda de pessoas sem condições de arcar com advogados particulares, os Tribunais designavam advogados para serem pagos pelo Estado, contudo, com a leva de pessoas hipossuficientes, instituiu-se a Defensoria Pública. Consequente para atuar em direitos difusos e coletivos, sobreveio o Ministério Público¹¹.

Sabe-se ainda que o referido órgão tem como dever a manutenção do equilíbrio da sociedade, atuando por meio de Ação Civil Pública e Ação Penal Pública, ou preferencialmente pela via

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178 RG/SE do Tribunal Pleno**. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 05/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855178%2E%2E+OU+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinurl.com/i29so5k>. Acesso em: 26 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

¹¹ BARROS, Maria do Carmo; MARTINS, Dayse Braga; ALVES, Jessica Souza. Mediação de conflitos na promoção do Direito Fundamental do Acesso à Justiça: da cultura adversarial para a cultura consensual no âmbito do Poder Judiciário. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 213-214. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2020/03/PDF_Dialogo-Ambiental-constitucional_V13.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

extrajudicial, através dos procedimentos administrativos. Este último é pautado na solução de conflitos de forma mais célere e eficaz ao indivíduo, sem que haja um lapso temporal significativo decorrente da vasta espera por uma decisão judicial. Contudo, existirão incidentes em que os procedimentos administrativos não serão hábeis à solução, devendo, portanto, buscar a intervenção judiciária.

Desse modo, por muito se discutia quanto a legitimidade do Ministério Público em atuar em causas de interesses individuais, cuja temática foi objeto de discussão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema Repetitivo 766 e recentemente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

1 Processo de universalização do direito à saúde pública

Com o fim da ditadura militar foi consagrada uma concepção ampliada de saúde, trazendo à baila o princípio da saúde como um direito universal e dever do Estado em concretizá-lo, incorporado na Carta Magna de 1988.

Já em 1987, segundo Reis, Araújo e Cecílio¹², foram criados Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde buscando a universalização e a paridade no acesso aos serviços públicos de saúde, o que incluía a implantação de cuidados assistenciais. Pela primeira vez o Poder Público repassou recursos para os estados e os municípios aumentarem suas redes de saúde, acarretando a descentralização do provimento de saúde pública.

Somente em 1988, com a chegada da Constituição Federal - conhecida como a constituição cidadã, pois estabelecia prioritariamente uma série de direitos e garantias fundamentais à vida digna do cidadão -

¹² REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. São Paulo: UNASUS-UNIFESP, 2015. p. 34.

determinando que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Vislumbrando na Seção II, pontos básicos:

As necessidades individuais e coletivas são consideradas de interesse público e os atendimentos um dever do Estado; público e o atendimento um dever do Estado; a assistência médico sanitária integral passa a ter caráter universal e destina-se a assegurar a todos o acesso aos serviços; estes serviços devem ser hierarquizados segundo parâmetros técnicos e a sua gestão deve ser descentralizada¹³.

No ano de 1993 foi regulamentado através da portaria GM/MS nº 1.286/93¹⁴, pelo Ministério da Saúde, a normatização da contratação de serviços de saúde por uma gestão do Sistema Único de Saúde, regulamentando os contratos de prestação de serviços de saúde. Assim, coube a gerência orçamentária e financeira aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, com previsão legal no artigo 37, § 8º, da Constituição Federal¹⁵.

Segundo Álvaro Luís de A. S. Ciarlini:

A ênfase desse sistema é justamente a de que todos os indivíduos teriam o direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo Estado, em virtude do poder regulamentar exercido por este sobre a sociedade civil. Nessa perspectiva, esses direitos englobariam itens como a cobertura dos serviços de saúde, de educação integral do cidadão, de auxílio

¹³ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. São Paulo: UNASUS-UNIFESP, 2015. p. 34.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.286, de 26 de outubro 1993**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc/4362_portaria_N_1286_DE_26_DE_OUTUBRO_DE_1999. Acesso em: 26 out. 2020.

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

financeiro aos desempregados, de garantia de renda mínima etc¹⁶.

Em 1996 criou-se a Norma Operacional Básica 01/96¹⁷, que instituiu o avanço na sistemática de descentralização, apresentando um novo modelo de atenção. Criou-se, portanto, novas gestões aos Município e aos Estados, dividindo as responsabilidades relacionadas à saúde de sua população. Para Reis, Araújo e Cecílio:

A edição da NOB 96 representou a aproximação mais explícita com a proposta de um novo modelo de atenção. Para isso, ela acelera a descentralização dos recursos federais em direção aos estados e municípios, consolidando a tendência à autonomia de gestão das esferas descentralizadas, criando incentivo explícito às mudanças, na lógica assistencial, rompendo com o produtivismo (pagamento por produção de serviços, como o INAMPS usava para comprar serviços do setor privado) e implementando incentivos aos programas dirigidos às populações mais carentes, como o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e às práticas fundadas numa nova lógica assistencial, como Programa de Saúde da Família (PSF). As principais inovações da NOB 96 foram: a. A concepção ampliada de saúde - considera a concepção determinada pela Constituição englobando promoção, prevenção, condições sanitárias, ambientais, emprego, moradia etc.; b. O fortalecimento das instâncias colegiadas e da gestão pactuada e descentralizada - consagrada na prática com as Comissões Intergestores e Conselhos de Saúde; c. As transferências fundo a fundo (do Fundo Nacional de Saúde direto para os fundos municipais de saúde, regulamentados pela NOB-SUS 96), com base na

¹⁶ CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n° 2.203, de 05 de novembro de 1996**. Institui e regulamenta a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde. Brasília, Diário Oficial da União, 06/11/1996. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html. Acesso em: 22 out. 2020.

população, e com base em valores per capita previamente fixados; d. Novos mecanismos de classificação determinam os estágios de habilitação para a gestão, no qual os municípios são classificados em duas condições: gestão plena da atenção básica e gestão plena do sistema municipal (BRASIL, 1996). Na gestão plena da atenção básica, os recursos são transferidos de acordo com os procedimentos correspondentes ao PAB - Piso da Atenção Básica. A atenção ambulatorial especializada e a atenção hospitalar continuam financiadas pelo Sistema de Informações Ambulatoriais (SIA-SUS) e pelo Sistema de Informações Hospitalares (SIH-SUS). No caso dos municípios em gestão plena do sistema, a totalidade dos recursos é transferida automaticamente¹⁸.

Já no ano de 2002 fora regulamentada, através da Norma Operacional de Assistência à Saúde/NOAS-SUS, a regionalização do SUS, com a justificativa de que a municipalização estaria sendo insuficiente para a configuração do sistema de saúde, pois não permitia uma definição cristalina de mecanismos de dada região para a prestação de serviços¹⁹.

A universalização do direito à saúde como princípio norteador do Sistema Único de Saúde resulta em um Estado incumbido do dever de assegurar a todos os cidadãos o amplo acesso à saúde, independente das circunstâncias que aquele indivíduo se encontra. Ou seja, mesmo que deliberada pessoa tenha condições de arcar financeiramente com o recurso da saúde privada, não excluirá seu direito de usufruir da rede pública de saúde.

¹⁸ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. São Paulo: UNASUS-UNIFESP, 2015. p. 37.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002**. Norma Operacional de Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002 que amplia as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procede à atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios. Disponível em: <https://saude.mppr.mp.br/pagina-43.html>. Acesso em: 22 out. 2020.

Destarte, o desígnio elementar é a equiparação que o sistema levará àqueles que não possuem subsídios para custear os gastos referente à saúde. Logo, é dever do poder público integralizar todos os indivíduos numa só cadeia, atendendo todas as suas necessidades, impulsionando ações, bem como promoções de saúde e prevenção de doenças, meios de tratamento e reabilitação, para maior qualidade de vida de todos.

2 Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

Temos as disposições e as medidas tomadas com o intuito de promover o acesso do povo à saúde. Contudo, o cidadão que necessite deste serviço público ainda deve buscar o Estado para que se efetive seu direito e, se deparando com situação onde se veja impedido de exercê-lo, deve buscar apoio jurisdicional particular ou da Defensoria Pública. Neste sentido, se questiona a possibilidade de o próprio Estado, por meio de seus órgãos fiscalizadores, intervir a favor do cidadão como forma de garantir eficiência da prestação do direito universal à saúde.

Dispõe o art. 127 da Constituição Federal de 1988 “o Ministério Público é função permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”²⁰. São estabelecidas como funções ministeriais o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, cabendo ainda a promoção de inquéritos civis e ação civil pública, objetivando os interesses difusos e coletivos.

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8.625/93²¹ preceitua que cabe ao órgão ministerial exercer suas atividades em prol dos direitos assegurados nas constituições dos estados e na Federal, com o objetivo de ter máxima proteção, prevenção e reparação dos direitos difusos e coletivos. É seu dever zelar pela ordem constitucional e pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos princípios basilares da administração.

A Lei estadual nº 13.195/2002 do Ceará estabelece as atribuições da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública, senão vejamos:

Art.2º. São atribuições da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública: I - fiscalizar a gestão das políticas de saúde do Estado e do Município de Fortaleza; II - fiscalizar as políticas de vigilância sanitária; III - estimular a política de parceria com a comunidade e a sociedade; IV - fiscalizar o repasse e o emprego das verbas públicas para a saúde; V - realizar visitas de observação dos diferentes tipos de saúde; VI - receber denúncias de lesão a interesse do usual de saúde pública; VII - instaurar inquérito civil ou procedimento preparatório para a prevenção ou reparação da lesão; VIII - firmar compromisso para ajustamento de conduta; IX - fiscalizar ajustamento de conduta firmado; X - ajuizar ação civil pública; XI - acompanhar as ações judiciais interpostas; XII - promover execução da sentença; XIII - exercer qualquer outra função não especificada, administrativa ou judicial, inerente ao Ministério Público²².

É indiscutível o fato que o Ministério Público possui legitimidade para atuar em causas que envolvem direitos difusos ou coletivos, tendo em vista a regulamentação estabelecida pela própria

²¹ BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

²² CEARÁ. **Lei nº 13.195, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a transformação de cargos no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/trabalho-administracaoeservicopublico/item/download/4233_bae44d5be4c1c89e7515b552481c85a4. Acesso em: 26 out. 2020.

Constituição Federal. Entretanto, existe o questionamento quanto a legitimidade deste órgão atuar frente as demandas individuais com o objetivo de pleitear medicamentos indispensáveis à saúde do paciente, tendo em vista já existir a Defensoria Pública, que também está regulamentada pela Constituição em seu artigo 134²³, bem como os advogados particulares para representar tais interesses.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça devido ao elevado número de Recurso Especial envolvendo a discussão do Ministério Público ter ou não legitimidade para atuar em causas de demandas individuais, acarretou a suspensão nacional de todos os processos que envolvessem a referida matéria de direito, até o julgamento dos Recursos Especiais n.º 1681690-SP e 1682836-SP representativos de controvérsias, conseguinte, o Tema 766²⁴.

Para tanto entendeu aquele órgão que inexistia violação ao disposto no artigo 1º, V e artigo 21 da Lei n.º 7.347/85²⁵, bem como no artigo 18, Código de Processo Civil²⁶, já que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, assim como nas relativas à dignidade

²³ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1682836/SP e nº 1681690/SP**. Relator: Ministro Og. Fernandes. DJ: 25/04/2018. Disponível em: http://www.stj.ius.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 26 out. 2020.

²⁵ 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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/173470rig.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20152018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1º da Lei 8.625/1993²⁷.

Restando firmada a tese de que:

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)²⁸.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em 22 de agosto de 2018, houve a decisão da Remessa Necessária nº 0062514-90.2016.8.06.0064²⁹, a qual reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para atuar em causas individuais, objetivando o fornecimento de medicamentos aos jurisdicionados.

A relatora do caso foi a Desembargadora Tereza Iraneide Moura da Silva, que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público mencionada pelo Município de Caucaia, tomou como base o julgamento do Tema 766 pelo Superior Tribunal de Justiça.

O entendimento é que o Ministério Público teria legitimidade para ingressar com ações em defesa do direito de terceiro, mesmo quando diz respeito à defesa de direitos individuais indisponíveis, tendo em vista a hipossuficiência de quem precisa dos medicamento,

²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1682836/SP e nº 1681690/SP**. Relator: Ministro Og. Fernandes. DJ: 25/04/2018. Disponível em: http://www.stj.ius.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 26 out. 2020.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0062514-90.2016.8.06.0064**. Relatora: Tereze Neumann Duarte Chaves. DJ: 22/08/2018. Disponível em: <http://esaj.tjce.ius.br/cisg/getArquivo.do?cdAcordao=3183035&cdForo=0>. Acesso em: 26 out. 2020.

baseando-se na constituição vigente a qual em seu art. 196³⁰, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas tratamento adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Enfatizando ainda que, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, permitindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196), sendo o atendimento integral uma diretriz constitucional das ações e Estado serviços de saúde (artigo 198), o do risco de doenças e de outros agravos, permitindo o acesso universal e igualitário³¹.

Nota-se que não é objetivo do Ministério Público tomar para si a função da Defensoria Pública. Mas, ressalta-se que as Promotorias de Defesa da Saúde Pública, exercem um trabalho na maioria das vezes administrativo, abrindo espaço para que a sociedade faça seus relatos acerca de direitos, voltados a área da saúde, que estão sendo violados, quer seja pela falta de medicamento, longa espera por cirurgias, ausência de leitos em hospitais e etc. Os casos são os mais variados, desse modo as chances do referido órgão, se deparar com situações que exigem máxima urgência e agilidade, são grandes.

Para tanto, ao se deparar numa situação em que o paciente está entre a vida e a morte, dependendo do uso de determinado medicamento para sobreviver, mesmo após diversas tentativas de solucionar aquela problemática pela via administrativa não obtém êxito, a única saída é pleitear judicialmente o recebimento do medicamento, para que este possa viver dignamente, com o que é dever dos entes prover.

³⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

Haja vista que demandaria mais tempo ao jurisdicionado buscar auxílio na Defensoria Pública, tendo que aguardar numa fila para ser atendido por um defensor, que em tese teria que estudar aquele caso para entrar com uma ação judicial. Contudo, caso o pleito judicial emane do Ministério Público haveria mais celeridade, considerando que o promotor já teria o conhecimento dos fatos que acarretaram a demanda administrativa, podendo até mesmo utilizar de todo material da investigação da via administrativa nos autos da demanda judicial.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de garantias sociais e fundamentais para população, bem como deu margem a interpretações extensivas, para que assim pudesse beneficiar àqueles que precisam ser tratados de forma privilegiada, para existir a concretização do que a Norma Constitucional quis legislar, ou seja, ensejando uma igualdade material.

Os direitos e garantias de saúde passaram a ser tratados de forma séria, criando, portanto, gestões como o Sistema Único de Saúde, para a universalização do acesso à saúde. É dever do Estado garantir aos cidadãos brasileiros o que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, para que assim garanta à sociedade uma vida digna, justa e menos sofrida, cabendo à Promotoria de Defesa da Saúde Pública fiscalizar esses entes, para que haja uma célere e eficaz saúde para todos.

Ressalta-se que a atuação da Promotoria de Defesa da Saúde Pública não visa conflitar, ou mesmo retirar a competência da Defensoria Pública de pleitear a devida prestação constitucional do direito à saúde, mas complementar o acesso a este direito. Uma vez que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, de modo a garantir a defesa da ordem jurídica, seu segmento da Promotoria de Defesa da Saúde Pública encontra incomparável força

por dispor de recursos que facilitariam o pleito do cidadão ao necessário acesso à saúde.

Conclui-se ainda que, não há de se falar em ilegitimidade da Promotoria de Defesa da Saúde Pública para atuar em causas de interesses individuais, tendo em vista as consequências que acarretarão à vida de determinada pessoa, caso exista uma série de burocracias e impedimentos para ter seu direito efetivado na realidade.

Referências

BARROS, Maria do Carmo; MARTINS, Dayse Braga; ALVES, Jessica Souza. Mediação de conflitos na promoção do Direito Fundamental do Acesso à Justiça: da cultura adversarial para a cultura consensual no âmbito do Poder Judiciário. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3, tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 213-214. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2020/03/PDF_Dialogo-Ambiental-constitucional_V13.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/a2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.286, de 26 de outubro 1993**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doc_4362_portaria_N_12_86_DE_26_DE_OUTUBRO_DE_1999. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996**. Institui e regulamenta a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde. Brasília, Diário Oficial da União, 06/11/1996. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2_203_05_11_1996.html. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002**. Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002 que amplia as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procede à atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios. Disponível em: <https://saude.mppr.mp.br/pagina-43.html>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1682836/SP e nº 1681690/SP**. Relator: Ministro Og. Fernandes. DJ: 25/04/2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178 RG/SE do Tribunal Pleno**. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 05/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855178%2ENUME%2E+OU+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/j29so5k>. Acesso em: 26 out. 2020.

CEARÁ. **Lei nº 13.195, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a transformação de cargos no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/trabalho-administracao-e-servico-publico/item/download/4233_bae44d5be4c1c89e7515b552481c85a4. Acesso em: 26 out. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado de Ceará. **Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0062514-90.2016.8.06.0064**. Relatora: Tereze Neumann Duarte Chaves. DJ: 22/08/2018. Disponível em: <http://esaj.tjce.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=3183035&cdFore=0>. Acesso em: 26 out. 2020.

CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIQUENE, Gisele Torres. Igualdade Material x Igualdade Formal: uma discussão sobre o sistema de cotas nas universidades brasileiras. **Revista Digital Simonsen**. Rio de Janeiro, n. 2, maio, 2015.

Disponível em: http://www.simonsen.br/revistadigital/wpcontent/uploads/2015/05/RevistaSimonsen_N2Giselle%20Fiquene%20Cotas%20Raciais_Direito.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

PESCUMA JUNIOR, Antônio. O Financiamento do Fundo Nacional de Saúde: uma análise dos recursos financeiros da média e alta complexidade do SUS. *In: Congresso Brasileiro de Política Planejamento e Gestão em Saúde*. 2013. Disponível em: <http://www.politicaemsaude.com.br/anais/trabalhos/publicacoes/185.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. São Paulo: UNASUS-UNIFESP, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Precedentes Judiciais, a razoável duração do processo e a eficiência do Poder Judiciário: uma análise da teoria no CPC/2015 à luz da Constituição brasileira

Judicial Precedents, the reasonable time of the process and the Judiciary's efficiency: analyze the theory in the 2015's Code of Civil Procedure according to the brazilian Constitution

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó*

Mônica Teresa Costa Sousa*

Tallyta Cilene Santos Leite*

Resumo: Este artigo tem como escopo o estudo dos Precedentes Judiciais no Brasil e sua adequação ao ordenamento jurídico. Objetiva analisar a força dos precedentes judiciais, bem como da relação entre a teoria e eficiência do Poder Judiciário diante do Código de Processo Civil de 2015 e da

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2011). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2001) e pós-graduação lato sensu em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual Civil pela Universidade CEUMA. Procurador do Município de São Luís/MA. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007). Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão. Professora visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Valencia (Espanha), com bolsa CAPES (PVEX-CAPES). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA). Docente permanente do curso de Mestrado Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult), na linha de pesquisa Cultura, educação e tecnologia, e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir).

* Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2018). Pós-Graduada em LLM dos Contratos no Instituto Brasileiro de Formação. Procuradora Adjunta para assuntos administrativos na Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão.

Constituição Federal de 1988. Nesse sentido é traçado um panorama histórico, a determinação dos seus conceitos fundamentais e dos argumentos determinantes, a partir de um exame da segurança jurídica, isonomia, imparcialidade do juiz, economia de despesas e a consequente eficiência do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Precedente judicial. Eficiência do Poder Judiciário. Código de Processo Civil de 2015. Constituição Federal de 1988.

Abstract: This article aims the study of the Judicial Precedents in Brazil and its adequacy to the legal order. It aims to analyze the influence of judicial precedents, as well as the relation between theory and judiciary's efficiency before the 2015's Code of Civil Procedure and Brazilian Constitution. Thus, a historical panorama is drawn, the determination of its fundamentals concepts and determinative arguments, from an examination of the legal security, isonomy, judge's impartiality, cost savings and judiciary's efficiency.

Keywords: Judicial precedents. Judiciary's efficiency. 2015's Code of Civil Procedure. 1988's Brazilian Constitution.

Introdução

O presente artigo tem como proposta analisar a relação entre a razoável duração do processo e a força atribuída aos precedentes judiciais. Tema que se tornou de grande relevância em vias da mudança de paradigma do direito processual nacional, em que aspectos trazidos da tradição jurídica do *common law* aos poucos vão se inserindo a um ordenamento de concepção originalmente civilista; o que não significa uma mudança de sistema jurídico, mas uma adequação à realidade social e às necessidades evolucionais do direito. A inserção de conceitos estrangeiros, no entanto, gera conflitos diante das peculiaridades do ordenamento em que passa a transitar.

No Brasil, a teoria dos precedentes encontra obstáculos à sua ampla aceitação, originários do pouco conhecimento e estudo de suas peculiaridades tal qual teoria jurídica. Embora, implicitamente, não seja novo no Direito Brasileiro, o instituto e os conceitos a ele inerentes foram incorporados expressamente no Código de Processo Civil (CPC/2015) de forma que é possível inferir a observação obrigatória de determinados precedentes judiciais, diante das balizas elencadas no próprio ordenamento.

Cumprido relatar, entretanto, que os argumentos contrários trazidos transparecem muito mais consequências de uma inadequada aplicação, do que da força obrigatória da teoria. A presunção de absolutabilidade atribuída advém de uma herança histórica, que a muito foi superada, do berço do *common law*, em que os precedentes eram ditos como imutáveis.

A instauração de um sistema de controle da obediência da Constituição em relação aos atos do Poder Público, e por consequente, ensejando a necessidade de uma coerência interna do Poder Judiciário levou, principalmente, com o Código de Processo Civil de 1973, uma verdadeira consolidação dos dispositivos referentes à edição de súmulas por todos os tribunais, bem como a disposição em um capítulo acerca da uniformização de jurisprudência, constituindo nesta hipótese, um precedente. Mas é após a Constituição Federal de 1988 que há o efetivo reconhecimento da normatividade dos princípios e uma nova concepção de compreensão do direito pautado na racionalização dos métodos de decisão, buscando-se uma interpretação que decante os elementos dos precedentes, formulando a *ratio decidendi*, projetando os motivos determinantes dos julgados e a posterior edição das sínteses veiculares normativas.

Apesar das alterações feitas a fim de democratizar e solucionar os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, o CPC/2015 propõe a instituir um novo dever democrático e de efetividade da tutela jurisdicional por força de grandes temas suscitados no recente diploma legal, tais quais se insere a teoria dos precedentes judiciais.

Para que se analise a relação entre os precedentes judiciais, a razoável duração do processo e a eficiência do poder judiciário, é necessário entender a teoria dos precedentes.

1 Teoria do Precedente Judicial

É crescente a importância dos mais diversos pronunciamentos judiciais às atividades jurídicas, às políticas e às sociais diante da omissão legislativa. Desta maneira, ao juiz não cabe apenas interpretar a lei e sim extrair direitos e deveres à luz do ordenamento jurídico como unidade. Apesar de atuar formulando verdadeiras normas jurídicas pelo fato de terem força obrigatória para os demais juizes, a decisão não tem a mesma força e qualidade do produto legislativo¹. A decisão constitui direito, não lei².

A lei (em seu sentido exegético do século XIX) perdeu a posição central como fonte do Direito e deu lugar à supremacia da Constituição. O juiz então deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dar-lhe dimensão com vistas aos direitos postulados na Constituição, facultando-lhe, quando necessário, negar a vigência da lei quando inconstitucional. De *per se*, a lei não tem a mesma força se não interpretada conforme a Carta Magna e, ainda, à luz dos direitos fundamentais³.

O limite e o contorno dado à lei pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais fazem com que seja

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83-94.

² Em países de tradição civilista, por se tratar de interpretação de lei ou da constituição, o direito criado não é novo, equívoco seria afirmação em contrário. Assim, evidencia Marinoni (2010, p. 39): “A circunstância de o precedente ser admitido como fonte do direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz crio o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente como fonte do direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito”.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83-94.

ultrapassada a mera legitimação formal. O objetivo necessário é de resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de conformá-la aos princípios de justiça⁴.

Um dos pontos característicos de um ordenamento jurídico é a pluralidade de interesses dentro de uma coletividade, cuja solução pressupõe a atuação de uma autoridade, que emana comandos jurídicos seja pela via preventiva (leis), seja pela sucessiva (sentenças ou atos administrativos). Dessa forma, o complexo de normas escritas não esgota o ordenamento jurídico, em que é necessária uma contribuição hermenêutica e argumentativa com vistas a facilitar a mediação entre a lei ou a constituição e a realidade social em que se insere⁵.

A teoria do precedente judicial é uma teoria metodológica ligada a uma teoria de argumentação⁶ que objetiva tornar racional o processo de aplicação do Direito. A força que lhe é atribuída decorre do princípio da justiça universal, uma vez que se espera que a decisão judicial esteja em sintonia com aquilo que é o entendimento majoritário do juízo ao qual se recorre e, como efeito, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas equivalentes⁷.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156-159.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas Considerações Sobre a Constitucionalidade do Precedente vinculante Previsto no Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia**, [S.l.], v. 2, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.02.04.PDF. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 541-542. “A teoria da argumentação que se encontra na base da teoria normativa do precedente judicial [...] é, claramente, uma teoria kantiana da razão prática. Seu princípio fundamental é a universalidade, que é empregada por Alexy, MacCormick, Habermas e outros autores [...] como a regra de argumentação mais importante para o discurso prático, em especial para o discurso jurídico”.

⁷ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out./dez. 2014.

Desta feita, precedente é o instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a uma certa decisão quanto à matéria de direito, na medida em que o julgador expressa as razões de decidir e, aos moldes da teoria que pretendemos firmar, a utiliza como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância (*precedent case*).

Nessa proporção, é estabelecida uma regra abstrata que, para a decisão de um caso particular (*instant case*), passa a ser arguida a fim de exemplificar ou ilustrar, constituindo normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores⁸.

1.1 Conceitos Fundamentais da Teoria dos Precedentes Judiciais

A fim de que se garanta a efetividade dos precedentes e se reconheça a importância do instrumento para assegurar a efetividade de garantias constitucionais como a isonomia, segurança jurídica, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional é necessário conhecer seus elementos intrínsecos e os conceitos fundamentais que o norteiam.

A autoridade de um precedente depende do seu elemento hermenêutico/argumentativo, cujo conteúdo será vinculante se

Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/01/novo-cpc-precedentes-judiciais.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016; NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out./dez. 2014; TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: GEN, 2010; TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Civilística**. Ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

decorrente da proposição jurídica aplicável aos fatos controvertidos. Para que se possa delimitar uma teoria dos precedentes, é necessário pontuar o que é considerado como precedente em sentido próprio e, por consequente, seus elementos essenciais, quais sejam, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*⁹.

No sistema do *common law*, um precedente é dotado basicamente de dois elementos, a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. A *ratio decidendi* se apresenta como a questão nuclear do julgado e o que conceberia a este a força obrigatória, uma espécie de norma necessária à conclusão do julgamento.

A motivação, consubstanciando a *ratio decidendi*, é o elemento do precedente que tem caráter obrigatório e persuasivo, tratando-se da operação interpretativa¹⁰ utilizada na decisão na qual o pronunciamento não teria sido prolatado da maneira como foi.

Nesse diapasão, a *ratio* engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Assim, inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*),

⁹ BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O Precedente Judicial em Paralelo a Súmula Vinculante: pela (Re) Introdução da faticidade ao mundo jurídico. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). **Revista de Processo**, ano 39, n. 234, ago. 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 275-301.

¹⁰ "[...] a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso". (MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-237, jan./mar. 2013. p. 5.

o raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)¹¹.

O lugar em que é melhor possível extrair o significado de um precedente é a fundamentação da decisão, uma vez que reflete as razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo¹².

Não é concebível reduzir *ratio decidendi* a ementa ou súmula, a uma regra jurídica de julgamento enunciado pela corte que a emitiu. A consequência dessa redução, é equiparar precedente a lei e voltar-se à ideia exegética e engessada da hermenêutica jurídica, incompatível com o neoconstitucionalismo. O precedente deve abrir o sistema jurídico, ou seja, deve possibilitar a obtenção de novos entendimentos e conclusões.

A ideia de criação do *case law*, base da teoria inglesa dos precedentes judiciais, levou os juristas à necessidade de distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, este último dito como os discursos não autorizativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais.

O conceito de *dictum* é definido por exclusão, em que todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas para a força de convencimento que eventualmente possa vir a ter. Valora-se como uma questão secundária, de efeito meramente persuasivo. É uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso¹³.

¹¹ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 22, n. 8, p. 185-210, out./dez. 2014.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-237, jan./mar. 2013; REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista de Processo: RePro**, v. 38, n. 217, p. 401-418, mar. 2014.

¹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p.260;

Os argumentos da *obter dictum* revelam juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão¹⁴.

No entanto, não é apropriado dizer que o precedente é vinculante no sentido de que origine uma verdadeira e incontestável obrigação, segundo qual o juiz deva acompanhar o precedente. Mesmo no sistema inglês, cujas bases dos precedentes dotam de mais eficácia e aplicabilidade recorrente, técnicas argumentativas, das quais destacamos o *distinguishing* e *overruling* mostram-se presentes a fim de não se considerem vinculados a pretensões que não pretendem seguir¹⁵.

A doutrina do *stare decisis* necessita ser relativamente estável e, desta maneira, tem-se o caráter imperativo dos precedentes e regras para que as razões sejam superadas. Assim, se desenvolvem as técnicas supramencionadas e a seguir estudadas, consolidadas pela prática, tanto para se aplicar quanto para se deixar de aplicar um precedente, de modo a tentar evitar que o julgador posterior ignore os julgados sob alegação de livre convencimento¹⁶.

Considerado como técnica de confronto, interpretação e aplicação de precedente, o *distinguishing* consiste em uma atividade de cotejo entre o caso sob análise e o precedente paradigma, para avaliar a possibilidade de sua aplicação vinculante. Para que tenha a eficácia

TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedente Judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: GEN, 2010. p. 14.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 167-171.

¹⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Civilística**. Ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

¹⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.

vinculante, a *ratio decidendi* fixada no precedente paradigma deve guardar uma pertinência substancial com o caso em julgamento¹⁷.

Já o *overruling*, elencado como técnica de superação do precedente, pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* e ocorre quando há uma superação do precedente. O *overruling* não significa mera fixação de novos argumentos, são bases hermenêuticas com uma carga maior na fundamentação, trazendo argumentos até então não enfrentados, capazes de formar uma nova razão prática.

1.2 O dever de motivação das decisões judiciais

A sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015 busca nortear o magistrado na tomada de decisão, para que consolide uma unicidade coerente das interpretações feitas do ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando os valores de funcionalidade, eficiência e celeridade¹⁸.

Decidir com base em precedentes judiciais exige um esforço hermenêutico e uma análise criteriosa com as similitudes fáticas e de direito entre o *precedente case* e o *instant case*. A mera citação,

¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012; REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista de Processo**: RePro, v. 38, n. 217, p. 401-418, mar. 2014; SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131. Acesso em: 12 abr. 2018; TUCCI, 2004.

¹⁸ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**: Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360; MARCATO, Giseli Beltrami. O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual código de processo civil e o prenúncio de mudança de racionalidade no uso de julgados. **Revista Eletrônico de Direito Processual**, n. 18, set. 2017. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR.open/v/id/701188257>. Acesso em: 20 jun. 2018.

como pressuposto de “celeridade”, nesse caso desprovido de efetividade, não é concebível.

A análise da *ratio decidendi*, seja quanto a sua compatibilidade ao caso em concreto a ser decidido pelo julgador, quanto ao eventual afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) exigem, por força da obrigatoriedade dos precedentes, a indicação dos motivos, requerido a partir de um dever constitucional de fundamentação, elencado no artigo 93, inciso IX¹⁹, da CRFB/88²⁰.

A fundamentação é a parte da sentença em que é examinado, pelo juiz, as pretensões das partes, buscando resolver as questões de fato e de direito levadas ao Poder Judiciário julgando procedentes ou não os argumentos e teses suscitadas²¹. Na fundamentação é necessário a exposição dos motivos responsáveis pela formação da convicção.

Nesse ponto, no CPC/2015, o artigo 489, §§1º e 2º é avesso às decisões de fundamentação padronizada²², as quais não há um enfrentamento dos argumentos e teses levados pelas partes. Uma decisão

¹⁹ Artigo 93. “[...] IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 26 fev. 2020.

²⁰ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.

²¹ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. Acrescenta Bueno que o artigo 489, *caput*, não traz novidades quando comparado ao artigo 458 do CPC/73, mantem-se a previsão de que a sentença conterá relatório, fundamentos e dispositivo. Já §1º apresenta consideráveis inovações. Cumpre salientar, no entanto, que o rol apresentado pelo artigo 489, §1º, é exemplificativo e, se reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença.

bem fundada tem como consequência a efetividade dos argumentos, bem como tutela a força normativa da decisão. Indubitavelmente, o aludido artigo proporcionará maior controle racional às decisões cumprindo o papel de alavancar a coerência sistêmica e a integridade do direito, inibindo os solipsismos e os subjetivismos.

O artigo 927, §1º, também trata da necessidade de motivação adequada e específica às decisões, bem como da viabilização da oportunidade prévia para manifestação das partes

O CPC opõe-se à prática ainda corriqueira de que “seja mencionado o precedente ou Súmula, quando muito parafraseando-a, ou, mais precisamente, parafraseando *o texto* de seu *enunciado*, sem fazer qualquer alusão ao que, de concreto, está sendo julgado na espécie e expressamente assegurado pelo §1º do artigo 927”²³.

A motivação tem como destinatários tanto o processo quanto a sociedade. A exigência de explicação clara sobre a relação entre a norma e os fatos relevantes para o julgamento da causa são essenciais à prática judiciária, a fim de evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas que reduzam a legitimação social da jurisdição²⁴.

No que cerne a proximidade entre a fundamentação e a *ratio decidendi*, os motivos determinantes são aqueles suficientes para, quando individualizado na fundamentação, mostrarem-se como premissas sem as quais não se chegaria à específica decisão, é,

²³ “A aplicação (ou não) do precedente exige do magistrado adequada e completa fundamentação apta a justificar a incidência (ou não) do anterior julgado (o precedente) ao caso presente. A importância da fundamentação é tanto mais importante na medida em que o ônus argumentativo de pertinência (ou não) do precedente é também do magistrado, máxime porque deve ser oportunizado às partes que se manifestem, previamente, acerca do assunto. [...]”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572).

²⁴ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, René Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 633-658.

portanto, imprescindível ao posicionamento adotado. Nesse sentido, compõem a *ratio decidendi*²⁵.

1.3 A força dos precedentes judiciais

É incontestável o reconhecimento da força obrigatória de observação dos precedentes judiciais. Cumpre ressaltar, entretanto, que ainda que considerável, é reversível, revogável ou anulável a razão consubstanciada em detrimento de uma formulação mais justa para o caso que se deva decidir.

As bases teóricas que tratam da força dos precedentes advêm dos estudos do direito inglês, e embora nos ordenamentos civilistas, como é o caso do Brasil, o grau de força atribuído ao precedente seja, muitas vezes, menor do que aquele atribuído ao precedente da *common law*, o que é óbvio; nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos nos países de ordem civilista, mas, de certo, em momento algum se tornam leis, rígidos.

A força atribuída aos precedentes não os equipara às leis, nem as razões para segui-los é a mesma. Para Dworkin, duas forças podem ser apontadas aos precedentes, a força de promulgação e a força gravitacional. A primeira refere-se à força de produção de uma norma em moldes parecidos a uma norma legislativa, já a segunda consistiria em ideias persuasivas, não concebendo a plena vinculação²⁶.

Um julgamento que desrespeite a vinculabilidade do precedente e, se for o caso, não apresenta o *distinguishing* e o *overruling* a fim de confrontar e superar o caso paradigma; não está conforme o Direito e, portanto, pode ser revertido.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-166.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174-177.

Assim, “a força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito”²⁷. Uma pergunta pertinente de ser feita é quais fatores determinam ou sustentam a força vinculante do precedente? Quais as razões que levam o *precedent case* a vincular a sua observância em na decisão do *instant case*?

Cinco princípios podem ser apontados como pilares dos precedentes judiciais e da sua efetiva aplicação, quais sejam, a segurança jurídica, a igualdade, a imparcialidade do juiz e, o que nos propomos no presente trabalho, a razoável duração do processo e eficiência do Poder Judiciário.

A segurança jurídica, emblema de um Estado Democrático de Direito é utopicamente apontada como certeza jurídica²⁸. Tal concepção advém de uma herança da Revolução Francesa e na crença de que a confiança estrita à lei levaria à impossibilidade de que os juízes produzissem decisões incongruentes, ou os propósitos da revolução seriam prejudicados²⁹.

Uma melhor análise da segurança jurídica, no lugar de certeza jurídica, é a de estabilidade e continuidade da ordem jurídica. A ideia de previsibilidade continua, mas o sentido atribuído não é mais o mesmo. A segurança jurídica emanada dos precedentes conta, então, com a previsibilidade de expectativas de direito, um ideal de previsibilidade. Trata-se de estabilidade e um mínimo de continuidade, sem que sejam impostas regras absolutas, que impeçam a evolução do direito. As divergências acerca das normas devem ser uniformizadas, na medida do possível.

²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 298.

²⁸ Aqui empregada no sentido de manter o juiz preso à lei, o chamado *judge bouche de la loi*, que significa o juiz boca-da-lei, uma figura antagônica ao de *judge make law*, que se refere ao juiz legislador. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43-48).

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-166.

O fortalecimento do Poder Judiciário, tal qual denomina-se “judicialização da política”; a imposição, cada vez mais crescente de solução dos chamados *hard cases*³⁰, bem como a patamar de supremacia alcançado pelas constituições, promove uma grande dependência de estudo e aprofundamento tanto das teorias hermenêuticas, quanto de instrumentos de consolidação das razões apresentadas³¹.

Segurança Jurídica pode ser concebida como fato, valor ou norma-princípio³². Como fato, a segurança jurídica é resultado de fatos e comportamentos cujo resultado detém previsibilidade; como valor, ideal a ser buscado por determinada sociedade em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais; e como norma-princípio, o juízo prescritivo daquilo que deva ser buscado por um ordenamento jurídico, servindo como um direcionamento ao legislador e ao aplicador do direito.

A segurança jurídica vem nesse aspecto, como fenômeno de garantia de solidez e uniformidade. É necessária a unidade, integridade e coerência das nossas jurisprudências e somente é possível alça-las se as decisões e os precedentes forem racionalmente justificáveis, uma vez que assumem o papel de tornar a resposta ao requerente equitativa e coerente.

É inegável que há expectativas legítimas quando à questão, mas expectativas de direito não sinalizam direito adquirido. O entendimento contrário não é ilegítimo, é uma faculdade da corte exarar

³⁰ *Hard cases* são casos inéditos, paradigmas, em que o precedente é formado pela primeira vez, sem que haja nem uma regra clara, que estivesse estabelecido anteriormente, por alguma instituição, que servisse de base para orientar a decisão (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012; LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016).

³¹ OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro de. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: uma análise da aplicação da teoria no Brasil**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf.

Acesso em: 10 abr. 2018.

³² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 70-75.

posicionamento divergente; o ato ilegítimo, contudo, seria em desconsiderar, negar ou ignorar a existência da pacificação trazida aos autos, de modo ao não confrontar o posicionamento anterior, ainda que exarada por órgão de nível hierárquico inferior.

Já a igualdade, elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, expressamente delineada na Constituição Federal³³, em seu artigo 5º, *caput*³⁴, parte inicial, representa uma baliza ao mesmo tempo em que sustenta a força dos precedentes judiciais.

A isonomia é intimamente ligada à concepção fundamental da teoria dos precedentes, qual seja, a análise das particularidades do caso e estabelecimento das razões com critérios hermenêuticos e argumentativos (*treat like cases alike*). Os casos não se repetem e as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos que ainda sim podem ser divididos de acordo com suas classes (base fática). Quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria.

Já a imparcialidade do juiz, pautada do dever de fundamentar, elencado constitucionalmente, além de servir às partes, importa a todos os interessados na legitimidade das decisões judiciais, destacando aquelas de grande repercussão na ordem social³⁵.

Diante de um cenário de interpretações sem que sejam levados em consideração casos análogos julgados anteriormente, não há que se falar em efetividade à instituição do princípio da imparcialidade. Decisões

³³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

dísparos, sem a observância dos pressupostos de superação da *ratio decidendi* do *precedent case*, geram arbitrariedades e parcialidades.

Fundada na neutralidade, a teoria dos precedentes judiciais, uma vez que os fundamentos da decisão são definidos pelo caso concreto, ainda que antes de ter conhecimento das partes no *instant case*, contribui a uma atuação imparcial, atribuindo maior transparência, lisura e confiabilidade na motivação das decisões³⁶.

2 A força dos precedentes judiciais e a razoável duração do processo

A razoável duração do processo, garantia constitucional elencada no artigo 5º, LXXVIII da CF/88, é sempre um ponto preocupante à efetivação de direitos e acesso à justiça, balanceando aspectos de segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional no decorrer do tempo, uma vez que lida-se com aspectos morais e patrimoniais sensíveis, na maioria dos casos, os quais ensejaram a lide³⁷.

A principal razão para a adoção dos precedentes é a racionalidade que a eles deve ser empregada e o tratamento igualitário a ser aplicado a casos semelhantes. Desta feita, a *ratio* apresenta-se como medida de previsibilidade, dentro dos ditames de segurança jurídica anteriormente explanados, que não se converge em certeza jurídica, mas que auxilia ao alcance da uniformização, estabilidade, coerência e integridade das decisões proferidas³⁸.

³⁶ OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro de. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: uma análise da aplicação da teoria no Brasil. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ed. rev. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016.

A manutenção de uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, além de garantir uma razoável duração do processo, uma vez que as bases hermenêuticas da decisão já foram construídas, adaptam o processo civil ao constitucionalismo contemporâneo³⁹.

A harmonização jurisprudencial, elemento, segundo Jonathan Barros Vita⁴⁰, necessário à sobrevivência de um dado sistema jurídico apresenta-se com resultado à eficiência e segurança jurídica de um dado sistema jurídico diante da racionalização processo de decidir. A necessidade de racionalização das decisões evidencia-se diante da omissão legislativa e da impossibilidade de universalização das leis ao caso concreto, isto é, somente a lei não é capaz de abarcar todos os casos e de acompanhar os problemas evolucionais sociais. O Poder Judiciário, então, exerce um protagonismo hercúleo, reflexo da progressiva expectativa de solução de todos conflitos pela via judicial; da crise de identidade do Poder Legislativo e do conseqüente abandono da crença na efetividade do texto legislado.

O excessivo número de recursos, ainda fruto de uma jurisprudência lotérica, leva as partes a tentar a inversão do resultado e conseqüente, reforma da decisão *a quo*⁴¹. No entanto, se o *precedent case* possui uma base hermenêutica bem consolidada e os tribunais respeitam os precedentes dos tribunais superiores, bem como seus próprios precedentes, e os recursos passam a ser admitidos apenas em casos excepcionais, às partes não há necessidade de prolongar a lide, diminuindo

³⁹ CUNHA, Tiago Gontijo; GOUTHIER, Nathália Gomes Pimenta Fiuza. A valorização dos precedentes judiciais na interpretação das normas constitucionais. In: MIRANDA, Jorge; *et al* (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 171-189.

⁴⁰ VITA, Jonathan Barros. Harmonização e convergência na sociedade contemporânea: entre os direitos internos e o direito internacional. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Tomo I, p. 259-272.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156-160.

a demora, bem como reduzindo os esforços inócuos de tempo e trabalho da administração da justiça em recursos sabidamente infrutíferos.

Embora pareça utópico, já que não chegamos, ainda, a esse patamar de força dos precedentes no ordenamento pátrio, propõe-se, portanto, que o respeito aos precedentes tornaria desnecessário a interposição de recursos, o que eliminaria as despesas financeiras que dele derivam e as custas de toda a tramitação processual em 2º e 3º graus⁴².

O reconhecimento de decisões com *ratios* consolidadas e muito bem fundamentadas tornaria difícil a superação desses precedentes e tenderia a diminuir o prolongamento das lides, além de desestimular a litigância.

A economia de despesas, aliada à razoável duração do processo, apontam a uma eficiência do Judiciário. Um processo célere, com custos reduzidos, sem desperdícios denota-se mais eficiente.

Considerações finais

O atual Código de Processo Civil brasileiro trouxe inédito regramento acerca dos precedentes e da jurisprudência no direito nacional. Uma inovação, ainda que se compare aos países que adotem o *common law*, uma vez que nestes o sistema de consolidação do *stare decisis* foi paulatino e doutrinário.

Há, nesse sentido, elevação a um patamar de destaque, ainda que já fossem valores implícitos da própria sistemática recursal: a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta problemas, o que não é escuso, mas o erro reside na resistência em mudar acepções por ego ou comodismo, o novo, embora a teoria dos precedentes não seja tão recente, sempre causa estranheza.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 161.

A ideia de estabilização da jurisprudência e da inibição recursal com base em ideias hermenêuticas consolidadas e precedentes respeitados dentro do mesmo tribunal ou em outras cortes pode parecer utópica, uma vez que distante da realidade judiciária brasileira, no entanto é plenamente aceitável e de grande valia para a efetivação de princípios constitucionalmente elencados, como a razoável duração do processo.

O reconhecimento de decisões com *ratios* consolidadas e muito bem fundamentadas tornaria difícil a superação desses precedentes e tenderia a diminuir o prolongamento das lides, além de desestimular a litigância.

A economia de despesas, aliada à razoável duração do processo, apontam a uma eficiência do Judiciário. Um processo célere, com custos reduzidos, sem desperdícios denota-se mais eficiente.

Referências

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re) introdução da faticidade ao mundo jurídico. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). **Revista de Processo**, ano 39, n. 234, ago. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869/impresao.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al* (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015. p. 633-658.

CUNHA, Tiago Gontijo; GOUTHIER, Nathália Gomes Pimenta Fiuza. A valorização dos precedentes judiciais na interpretação das normas constitucionais. *In:* MIRANDA, Jorge; *et al* (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al*. (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional.** v. 9. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 171-189.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas Considerações Sobre a Constitucionalidade do Precedente vinculante Previsto no Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia**, [S.l.], vol.2, jul – set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.02.04.PDF. Acesso em: 14 abr. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCATO, Giseli Beltrami. O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual código de processo civil e o prenúncio de mudança de racionalidade no uso de julgados. **Revista Eletrônico de Direito Processual**. n. 18, set. 2017. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR.open/vid/701188257>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-237, jan./mar. 2013.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 23, n. 88, out./dez. 2014.

OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro de. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: uma análise da aplicação da teoria no Brasil. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www2.dbd.pucRio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf. Acesso em: 10 abr. 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista de Processo: RePro**, v. 38, n. 217, p. 401-418, mar. 2014.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131. Acesso em: 12 abr. 2018.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente Judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: GEN, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Civilística**. ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

VITA, Jonathan Barros. Harmonização e convergência na sociedade contemporânea: entre os direitos internos e o direito internacional. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine

Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Tomo I, p. 259-272.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2016.

Os atuais paradigmas da Teoria do Conflito no neoprocessualismo civil e as técnicas autocompositivas de solução de conflitos

The current Conflict Theory paradigms in civil neoprocessualism and the autocompositive conflict solution techniques

Dayse Braga Martins*

Luana de Aguiar Cavalcante*

Resumo: A presente pesquisa compreende a análise dos atuais paradigmas da teoria do conflito, no contexto do neoprocessualismo civil, com ênfase nas técnicas autocompositivas de solução de conflitos. Para realização deste artigo, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, efetuando-se a caracterização, descrição e serventia das técnicas utilizadas pelo mediador, de forma a amplificar o conhecimento, fomentando novos debates acerca da temática em questão, com vias a enfatizar a importância da formação técnica dos mediadores e conciliadores. Desta forma, conclui-se pela necessidade de estimular cada vez mais a formação adequada de mediadores e conciliadores, com vias a despolarização do conflito e empoderamento das partes, para fins da efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, e transformação da cultura da adversidade em cultura da consensualidade, conforme os atuais paradigmas da Teoria do Conflito no neoprocessualismo civil.

Palavras-chave: Mediadores. Neoprocessualismo. Teoria do Conflito. Técnicas autocompositivas. Cultura do Consenso.

* Advogada. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora e pesquisadora da Universidade de Fortaleza. Mediadora e conciliadora judiciais, regulamentada nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E-mail: daysebraga@unifor.br.

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: luhsiran@gmail.com.

Abstract: The present research comprises the analysis of the current paradigms of conflict theory, in the context of civil neoprocessualism, with an emphasis on self-composing conflict resolution techniques. To carry out this article, bibliographic research was developed, characterizing, describing and using the techniques used by the mediator, in order to amplify knowledge, fostering new debates on the subject in question, with ways to emphasize the importance of training technique of mediators and conciliators. Thus, it is concluded that there is a need to encourage more and more appropriate training of mediators and conciliators, with ways to depolarize the conflict and empower the parties, for the purpose of realizing the fundamental right to access justice, and transforming the culture of adversity in a culture of consensus, according to the current paradigms of the Theory of Conflict in civil neoprocessualism.

Keywords: Mediators. Neoprocessualism. Theory of Conflict. Self-compositional techniques. Culture of consensus.

Introdução

O conflito caracteriza-se comumente geral como sendo o choque entre pensamentos, necessidades e atitudes entre duas ou mais pessoas, de forma a causar desconforto e sensação de ameaça, no qual a ausência de diálogo e o pensamento egoísta podem prevalecer. Entretanto, esta forma de ver o conflito dificulta sua resolução, fazendo-se necessário observar que não há sociedade sem embate, pois este é característico do ser humano e conseqüentemente de seu convívio social.

A Teoria do Conflito demonstra como o conflito se desenvolve, a partir da individualidade à exterioridade humana. Aspectos sobre gestão de sentimentos e relações interpessoais devem ser vistas sob uma ótica natural, mas que existem meios de lidar construtivamente na busca pela manutenção das relações civis, aproveitamento as oportunidades que se manifestam com o emprego da autocomposição. Neste sentido, mediação é um dos instrumentos autocompositivos, no qual um terceiro

imparcial fomentará o diálogo entre os interessados para que estes possam discutir acerca das mais variadas questões como, por exemplo, valores, interesses e mudanças, buscando por eles mesmos a melhor solução para suas divergências. Já a conciliação diferencia-se da mediação quanto ao objeto do conflito – relações não continuadas, com a intervenção mais ativa na proposição de soluções de acordo.

Assim, diante da necessidade de um incremento no direito fundamental ao acesso à justiça, indo além do aspecto formal de acesso ao Poder Judiciário, foi instituída uma Política Judiciária que promovesse a consensualidade como forma fundamental de solucionar conflitos em geral. Para isso, o Conselho Nacional de Justiça instituiu esta Política por meio da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, que posteriormente foi regulamentada pelas Leis nºs 13.105 de 16 de março de 2015 e 13.140 de 26 de junho de 2015.

Com o advento de tais leis, finalmente, após mais de 20 anos de ostracismo legal, a mediação foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro, como Política Nacional do Judiciário, sendo a autocomposição (mediação e conciliação) o meio prioritário de resolução de litígio. Com a promulgação destas legislações, abre-se um leque de possibilidades de se exercer de forma ampla e com qualidade a autocomposição, podendo ela ser aplicada no ambiente judicial e extrajudicial.

Neste contexto, destacam-se as técnicas autocompositivas, em especial, a Teoria dos Jogos, como sendo um ramo da matemática que dispõe de meios e técnicas que aplicadas em situações estratégicas podem revelar diversos resultados. A teoria aplicada na mediação se concentra nos estudos do matemático John Forbes Nash, onde especificamente a cooperação tem resultados mais positivos nas relações continuadas, que são tratadas especialmente na mediação. O emprego de técnicas como a escuta ativa, perguntas abertas, anotações, paráfrase, entre outras, também são formas que atraem resultados positivos no decorrer das sessões, pois, as partes em conflito se sentirão

relevantes e ativos. Assim, no decorrer deste artigo, propõe-se analisar as técnicas utilizadas na mediação, abordando suas estratégias e resultados, de forma a demonstrar como atualmente a consensualidade caracteriza como quebra de paradigma no neoprocessualismo.

Referindo-se aos aspectos metodológicos, o presente trabalho se desenvolverá por meio de pesquisa bibliográfica. No tocante aos fins, a pesquisa classifica-se como exploratória porque busca inicialmente aprimorar ideias acerca de um tema e legislação muito recentes; e explicativa porque expõe as razões, os métodos e as consequências acerca da autocomposição no processo civil.

Acerca dos objetivos, em geral, busca-se analisar os impactos do marco legal na teoria neoprocessualista civil e as técnicas utilizadas para a eficiência da mediação. E para a realização desta pesquisa aborda-se o conceito da autocomposição aplicada ao Brasil, apresentando seus fundamentos principiológicos e como a Constituição Federal, a Política Judiciária e os normativos transformaram a imagem da consensualidade. Após, discute-se acerca da Teoria do Conflito, aspectos inerentes à comunicação, com fins na transformação e resolução do conflito e os meios que podem ser utilizados para se alcançar esse objetivo. E na última seção, trata-se especificamente das técnicas e conhecimentos obtidos por meio da formação de mediadores e conciliadores, como mecanismos concretos de fomentar a consensualidade e o diálogo, bem como o funcionamento das sessões de mediação de modo a demonstrar a natureza da consensualidade como essência do processo civil.

1 A autocomposição e seus fundamentos constitucionais e legais

Autocomposição é um meio de resolução de conflitos que se destaca por ser uma opção na qual as partes resolvem com independência, de forma ativa e espontânea os conflitos nos quais estão

inseridos. No Brasil, a autocomposição surgiu muito antes do poder estatal de resolução de litígios, igualmente com a autotutela.

Atualmente, a autocomposição vem ganhando significativo espaço e atenção, na medida em que se mostra como uma alternativa mais célere e eficiente na resolução de conflitos. A Constituição Federal de 1988, nos traz por meio de alguns dos seus princípios, garantias fundamentais reservadas ao cidadão, para assegurar e preservar seus direitos gerais como pessoa, dentre outros, o de acesso à justiça. Na autocomposição, estes princípios se revelam mais que essenciais. Trata-se de uma ordem de regulamentação e funcionamento do mesmo.

Desta forma, destacam-se os seguintes princípios constitucionais aplicáveis a autocomposição: dignidade da pessoa humana(qualidade, conferida ao ser humano, de viver de forma plena, emocional e socialmente, com segurança e possibilidades de acesso à educação, saúde, justiça, lazer com equidade); democracia (nos métodos consensuais tais como a mediação e conciliação, o protagonismo das partes é uma característica marcante, pois, a atuação destes na busca pela resolução do conflito de maneira mais justa e satisfatória, nos remetem ao poder dos cidadãos no exercício da democracia, onde a voz do povo tem força e impacta diretamente nas decisões tomadas por aqueles que nos representa)¹; acesso à justiça (justa e imparcial, tendo participação das partes no seu desenvolvimento e desfecho); razoável duração do processo (duração processual equilibrada); eficiência (correta utilização das normas disponíveis, em busca de resultados concretos e produtivos para a comunidade, gerando a desburocratização do Poder Público).

¹ MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do Direito e a instituição do novel princípio da consensualidade: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas.** 2017. 511 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. p. 89.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas com força normativa e aplicação imediata. Assim, resta claro a importância das garantias fundamentais oportunizadas pela CF/1988 para o exercício de qualquer atividade jurisdicional e autocompositiva, pois deve-se preservar e garantir os meios necessários de acesso à justiça, tratamento adequado e autonomia do homem como cidadão brasileiro.

Para concretização destes direitos fundamentais, especialmente o do acesso à justiça, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça institui uma política judiciária, que tem como finalidade dispor sobre as intenções acerca do uso da consensualidade como forma de tratar conflitos de interesses. O seu texto trata da preparação, organização e administração que devem ser entendidas como orientação e norte da implementação das ações consensuais efetivamente. Após a sua instituição, tornou-se fundamental a normatização por meio de lei, deste modo, seus efeitos não puderam ser produzidos de imediato pela inexistência de amparo legal a tornar funcional e aplicável o que estava contido na Política Judiciária Nacional. Assim, com a posterior normatização no CPC/2015 e a Lei nº 12.140/2015, mas conhecida como Lei da Mediação, ambas instituídas no ano de 2015, passou a ser possível a concreta aplicação da resolução, como política voltada para o correto trato às questões de resolução de conflitos.

Para fins de desenvolvimento da Política Judiciária Nacional nos Estados, são criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), compostos por magistrados em exercício ou aposentados, igualmente, deve-se contar com o auxílio de servidores para desenvolver ações para o cumprimento da política pública. Algumas de suas funções são traçar as políticas locais, sobre o que será priorizado e como serão realizadas as mediações e conciliações, promover a capacitação, cadastro, remuneração e parcerias, ou seja, é um órgão gestor.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) são órgãos do judiciário que efetivamente realizam as

sessões de mediação e conciliação na fase pré processual, o objetivo é buscar a solução do conflito por iniciativa das partes ao tentarem realizar um acordo, sem ingressar com um processo judicial. Os Tribunais criam os Centros e estes contarão com um juiz coordenador e se necessário um adjunto, cabendo-lhes a gestão e controle dos serviços desenvolvidos pelos mediadores e conciliadores. Os CEJUSC disporão de servidores que exercerão seus trabalhos de forma exclusiva, lembrando sempre da exigência de se ter capacitação dos mesmos nos métodos consensuais e de, pelo menos, um deles com a habilitação para a realização da triagem e encaminhamentos dos casos.

Com a instauração do Código de Processo Civil, a consensualidade passou a ser essência², fundamentando o processo civil. A nova visão de conflito com a mudança de paradigma, fez com que houvesse expressa previsão normativa de ser um dever Estatal a promoção da consensualidade, desta forma que o processo judicial passe a ser utilizado apenas nos casos onde não seja possível a mediação e conciliação, que por sua vez devem ser estimuladas sempre que forem possíveis. No capítulo I do CPC, resta evidente a importância dos meios consensuais para resolução dos conflitos atualmente, pois, antes era possível observar que nos casos de lesão ou ameaça a direito, o único meio de assistência jurídica possível para fins de responsabilização e reparação, se davam apenas pelo ingresso em processo judicial. Atualmente, é um dever do Judiciário realizar a desestimulação da jurisdição contenciosa. Assim, percebe-se que os métodos autocompositivos dentro da consensualidade não são mais uma alternativa a serem disponibilizadas e sim a essência de todo o processo judicial civil.

² MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas.** 2017. 511 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 3 abr. 2018.

Com a instauração do Código de Processo Civil, a consensualidade passou a ser essência³, fundamentando o processo civil. A nova visão de conflito com a mudança de paradigma, fez com que houvesse expressa previsão normativa de ser um dever Estatal a promoção da consensualidade, desta forma que o processo judicial passe a ser utilizado apenas nos casos onde não seja possível a mediação e conciliação, que por sua vez devem ser estimuladas sempre que forem possíveis. No capítulo I, do CPC, resta evidente a importância dos meios consensuais para resolução dos conflitos atualmente, pois, antes era possível observar que nos casos de lesão ou ameaça a direito, o único meio de assistência jurídica possível para fins de responsabilização e reparação, se dava apenas pelo ingresso em processo judicial. Atualmente, é um dever do Judiciário realizar a desestimulação da jurisdição contenciosa. Assim, percebe-se que os métodos autocompositivos dentro da consensualidade não são mais uma alternativa a serem disponibilizadas e sim a essência de todo o processo judicial civil.

Ao falar em essência, remetemos nossos pensamentos a aquilo que não pode faltar, pensando nisso, devemos concluir que a autocomposição é uma fase fundamental para o processo. O estímulo deve ser feito ressaltando a importância da consensualidade para se chegar ao objetivo da pacificação social, os aspectos positivos que estes métodos trazem para as pessoas em conflito, bem como destacar fatores positivos em comparação ao processo judicial, principalmente no que se refere a celeridade e participação das partes em todos os atos e decisões. Independentemente do método utilizado, o CPC prevê que os sujeitos devem agir de boa-fé, ou seja, não é ideal que se busque o judiciário para casos onde se tenha certeza que não assiste razão, ou de

³ MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas.** 2017. 511 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 3 abr. 2018.

forma a prejudicar o outro. Ter uma conduta pautada na legalidade deve basear todas as relações. Neste diapasão, o artigo 6º, do CPC, fala da cooperação para a obtenção de decisão justa e efetiva, esta é uma característica especial dos métodos consensuais pois além de permitirem o protagonismo das partes de modo que estes atuam conjuntamente na busca da solução do litígio, seus resultados têm maiores chances de serem equilibrados e satisfatórias para ambos.

Ao falar em essência, remetemos nossos pensamentos a aquilo que não pode faltar, pensando nisso, devemos concluir que a autocomposição é uma fase fundamental para o processo. O estímulo deve ser feito ressaltando a importância da consensualidade para se chegar ao objetivo da pacificação social, os aspectos positivos que estes métodos trazem para as pessoas em conflito, bem como destacar fatores positivos em comparação ao processo judicial, principalmente no que se refere a celeridade e participação das partes em todos os atos e decisões. Independentemente do método utilizado, o CPC prevê que os sujeitos devem agir de boa-fé, ou seja, não é ideal que se busque o judiciário para casos onde se tenha certeza que não assiste razão, ou de forma a prejudicar o outro. Ter uma conduta pautada na legalidade deve basear todas as relações. Neste diapasão, o artigo 6º, do CPC, fala da cooperação para a obtenção de decisão justa e efetiva, esta é uma característica especial dos métodos consensuais pois além de permitirem o protagonismo das partes de modo que estes atuam conjuntamente na busca da solução do litígio, seus resultados têm maiores chances de serem equilibrados e satisfatórias para ambos.

A mediação e conciliação seguem os mesmos princípios previstos no CPC no que se refere a judicialidade, estes também estão previstos na Lei da Mediação, com exceção das que são mencionados apenas para a mediação, mas que também podem ser utilizados na conciliação nos casos onde não haja choque de regras. Em conformidade com o artigo 166 do CPC/2015 e no artigo 2º da Lei 13.140/2015, a mediação e conciliação serão orientados pelos seguintes

princípios: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada, isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé. Deste modo, pode-se visualizar a importância destes princípios para conduzir as ações dentro da consensualidade. Cumpre ressaltar que devido à natureza de valor moral contido nos princípios, bem como a sua relevância no uso das normas, não é possível abster-se da sua observância, não se tratando de algo facultativo, mas sim obrigatório.

De acordo com o *Manual de Mediação Judicial*⁴, material pedagógico para o treinamento e formação de mediadores no Brasil, também disponibilizado gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os fatores emocionais e motivacionais são os que mais impactam no conflito e dificultam o seu fechamento de forma que a gestão dos sentimentos, por meio de um trabalho interno de conhecimento individual, poderá influenciar nas relações e conseqüentemente impactar nos resultados. A transformação de sentimentos negativos, poderá criar uma perspectiva visual acerca do conflito, clareando e facilitando os pensamentos e só assim as possibilidades de uma conciliação ou deslinde do problema poderão de fato acontecer.

Conciliar conflitos internos e externos é um desafio constante na busca da paz social e bem-estar dos indivíduos. Somente os interessados têm o poder de progredir em suas relações pessoais e interpessoais, o caminho para isto é o autoconhecimento e estar sempre aberto a perceber e ponderar pensamentos e influências externas. A partir do momento em que há uma compreensão maior das necessidades próprias e alheias, com a devida gestão emocional e organização dos pensamentos, poderá ser adotado uma postura

⁴ AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.ius.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

amistosa, a fim de que se possa trabalhar efetivamente com domínio e responsabilidade acerca das desavenças⁵.

A participação das partes no processo de resolução dos seus enfrentamentos conflituosos, no ponto de vista da consensualidade, tem como fundamental característica o protagonismo das partes, desta forma, as partes se envolverão completamente no estudo dos pressupostos que antecederam o conflito e suas alternativas de resolução de forma que todos saiam satisfeitos com os resultados. Na mediação, por exemplo, o protagonismo das partes revela-se como sendo um princípio norteador desse método, onde os indivíduos da relação conflituosa terão o poder decisório acerca de todas as questões a serem tratadas, quais pontos serão trabalhados, poderão apresentar seus desejos e necessidades pessoais e estabelecer mutuamente a decisão mais favorável para o caso concreto⁶.

Assim, os relacionamentos são tratados com uma visão prospectiva de futuro, pois além da resolução do conflito, a autocomposição propicia a convivência pacífica entre os envolvidos, com a desnecessidade de ruptura de laços afetivos ou sociais entre os mesmos, contribuindo de forma além do que seria possível obter por meio dos métodos adversariais. Quando ocorre o retardamento na resolução do conflito derivado da constante ação e reação dos indivíduos, este será capaz de se desenvolver de maneira cíclica, onde permanecerá gerando sequelas aos envolvidos, ou seja, o não desenlace da situação conflituosa continuará agravando, tornando mais árdua seu desfecho, além disso, as chances de uma situação em espiral se converterem em uma relação amigável são bem mais incertas.

⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 44.

⁶ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 122-123.

Denomina-se espiral do conflito, o encadeamento em ascendência das relações conflituosas que persistem em ocorrer em consequência dos atos das partes em conflito, pois a sua não resolução ou no seu tratamento inadequado refletirá no agravamento da situação anterior, e o ciclo de desentendimentos se repetirá cada vez maior e com mais força e o objetivo de apaziguamento mais distante de se tornar real. A ruptura desse ciclo de ações e reações que nada contribuem e somente agravam o conflito é fundamental para que se possa iniciar uma abordagem consensual do conflito, é o ponto mais básico de interromper a fruição da fase desfavorável, para só assim despertar o emprego da consensualidade a fim de alcançar a paz social⁷. Desse modo, percebe-se que para atingir a resolução do conflito e almejar a paz social, haverá de ser feito todo um processo que abordará todos os aspectos essenciais do dissenso para uma solução efetiva.

A metáfora ou teoria do iceberg busca abordar aqueles fatos ou informações cruciais, que auxiliariam, numa resolução efetiva da lide e que não foram reveladas pelas partes. Isto posto, é como se o espectador visse o conflito como um iceberg, onde o que enxergamos é o denominado conflito aparente, ou seja, as causas expostas pela pessoa, porém, o que fica escondido abaixo da superfície do mar é o conflito latente, em referência a aquilo que desconhecemos.

Para uma melhor compreensão do que anteriormente foi exposto, se faz necessária a distinção entre conflito latente, emergente e manifesto, pois conforme seja possível identifica-los nos casos concretos, será possível analisar de que forma isto poderá influenciar nas relações conflituosas, bem como será mais fácil de resolvê-los. Conflito latente é tudo aquilo não exposto, podem ser pensamentos, palavras, tratamentos, sentimentos e outras sensações que estão no mais íntimo do nosso subconsciente, é algo além da compreensão, pois sem a

⁷ SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e Mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

sua expressão é impossível de mensurar. Conflito emergente é quando há conhecimento de ambas as partes sobre o problema, mas que ainda não se buscou resolvê-lo, tendo potencial para se estender e piorar com o tempo. Por fim, conflito manifesto, é quando as partes já estão em confronto, buscando a solução, ou com dificuldades de solucioná-lo⁸.

Dessa forma, o que se pretende não é apenas tratar a lide de modo raso, mas sim criar toda uma abordagem construtiva do relacionamento entre os indivíduos de modo que se atinja todos os conflitos, reais e aparentes. Esse é o grande objetivo da consensualidade, desenvolver cada vez mais a capacidade de resolver com exatidão o conflito, nos seus aspectos mais exclusivos. Diante do reconhecimento do conflito, resta claro que ele é decorrente das relações humanas, ou seja, é algo plenamente natural. Com o surgimento do conflito, o tratamento deve ser prudente e adequado para a sua resolução de forma total, partindo sempre da vontade das partes envolvidas pois apenas elas poderão optar verdadeiramente por sua solução.

A busca pela boa administração da controvérsia deve abranger a totalidade dos conflitos existentes (reais e aparentes), sempre tendo como ideal a visão prospectiva de futuro, para que haja progresso pessoal e sustentabilidade das relações sociais de forma pacífica. O homem deve alcançar de maneira conjunta o equilíbrio emocional e a capacidade de enfrentar e resolver seus problemas de modo apropriado. Assim, com a devida solução do conflito, surtirá efeitos imediatos e mediatos. O efeito imediato será a solução efetiva do conflito, ou seja, o fim do embate com uma solução do problema tomada pelos envolvidos e o efeito mediato será a obtenção da pacificação social, que nada mais é do que proporcionar as pessoas meios de se relacionarem melhor.

Por fim, cumpre lembrar que a partir de uma visão positiva do conflito e sua administração eficiente entre as partes e deles para

⁸ MOORE, Christopher W. **O processo da Mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 29-30.

com os outros é a peça chave para o desenvolvimento humano em sociedade. A manutenção das relações sociais e a perspectiva de futuro deve ser algo exercido diariamente de modo cada vez mais natural, na luta constante pela pacificação e melhor convívio entre as pessoas.

2 Técnicas autocompositivas

O uso dos meios consensuais para a resolução de conflitos gera cada vez mais resultados positivos na medida em que se utilizam corretamente suas técnicas. Para isso, serão analisadas técnicas empregadas na consensualidade e quais resultados se pode esperar de cada uma delas, bem como demonstrar a positividade e essencialidade da autocomposição nas relações de conflito.

Na Teoria dos Jogos evidencia-se que não há uma única alternativa possível e sim várias, algumas mais e outras menos vantajosas. Conforme a estratégia do *minimax*, desenvolvida por Neumann, o objetivo seria aumentar os ganhos próprios, reduzindo os do outro, ou seja, um deles partiria para uma jogada ofensiva, incriminando o outro. Com o equilíbrio de Nash puro, sem a negociação e não podendo arriscar e rejeitar o acordo, conseqüentemente pegarem uma pena maior, ambos também optariam por incriminar o outro, de forma a haver um balanço entre as perdas e ganhos, ou seja, os envolvidos permaneceriam em condições semelhantes⁹.

A cooperação, parte do pressuposto de que as pessoas podem entrar em um acordo, através do diálogo, assim, poderíamos deduzir que a solução mais viável para os envolvidos, seria de ambos rejeitarem o acordo, recebendo a pena de 1 ano de prisão cada, ou seja, não há um

⁹ CARVALHO, Gustavo Oliveira Dias de. **A Teoria dos Jogos, o Equilíbrio de Nash e o Código de Processo Civil de 2015**. 2017. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5493/2763>. Acesso em: 11 maio 2018.

vencedor e um perdedor. Este é o resultado de um uso não apenas racional da estratégia, mas também da crença de que o outro pensará de forma semelhante, não agindo a fim dos próprios resultados e sim pensando no contexto geral¹⁰.

Como o conceito do equilíbrio de Nash teve sua aplicação inicial nos jogos não cooperativos, posteriormente ele desenvolveu outros estudos, um deles em específico, refere-se ao Problema da barganha, que trata de questões onde se é possível fazer concessões por meio da negociação, a fim de se chegar a um denominador comum, o resultado aceitável por ambos. Neste contexto, a barganha na medida que vai sendo utilizada, se converte na mais pura cooperação, onde as partes já se encontram plenamente dispostas a aceitarem as propostas alheias, revelando suas necessidades e sendo mais acessíveis. Cabe aos participantes a decisão, entre cooperar em prol de um resultado positivo para ambos, com concessões realizadas de forma espontânea e não forçada, ou agir conforme a impulsividade e ganância em pensar de forma isolada¹¹.

Assim, em referência a Teoria dos Jogos cooperativos, podemos avançar no sentido de demonstrar como essa cooperatividade deverá ser aplicada na mediação de conflitos, para isso, é necessário que já tenhamos em mente seu conceito, e além disso, o que se pretende atingir com a sua utilização. A Teoria dos Jogos fornece, assim, base teórica e até mesmo técnica para que dentro de uma situação de conflito, os envolvidos possam desenvolver uma tática que amplifique as possibilidades de conquistar resultados positivos, isso chama-se

¹⁰ VITALE, Carla Maria Franco Lameira; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos: o Equilíbrio de Nash como estratégia de maximização de ganhos. 2017. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, maio 2017. p. 101. Disponível em: http://www.emeri.tjri.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamec_numero1volumel_94.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

¹¹ EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. 1995. 15f. p. 160. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8852/10404>. Acesso em: 12 maio 2018.

maximizar os ganhos. Sobre este aspecto, usar a tática conhecida como jogo cooperativo, faz com que seja possível analisar melhor a situação de modo a perceber a variedade de soluções possíveis.

Utilizar esta tática na mediação é especialmente fundamental, pois a cooperatividade elaborada na Teoria dos Jogos é um meio de tornar efetiva a busca das soluções de controvérsias, pois neste caso, há uma conexão anterior ao dissenso entre os sujeitos e que se desdobrará, existindo ao longo do tempo. Assim a cooperação impulsionará a formação de ideias entre os sujeitos¹². Para demonstrar a relação continuada, pode-se considerar os conflitos familiares como objeto de estudo, pois nestes casos, há o exemplo do casamento com nascimento de filhos, existindo o vínculo anterior (casamento), o que prossegue (filhos) e a responsabilidade dos pais para com ele. Deste modo, o uso da cooperatividade abordará não só o problema central, superficialmente, e sim, toda a raiz do conflito, já mencionado durante a explicação da teoria do *iceberg*, a fim de manter uma relação saudável e duradoura entre os envolvidos.

O mediador, para tornar esta técnica eficiente durante a sessão de mediação, deverá primeiramente, por meio das outras técnicas que serão demonstradas posteriormente, estimular necessariamente diálogo. A partir do momento em que as partes iniciarem o debate surgirá de modo concreto, por meio da verbalização, seus anseios e expectativas de acordo. A partir da fomentação da comunicação entre os mediandos, o mediador deverá captar as informações necessárias que as próprias partes propõem nesse processo cooperativo e tornará visível para que se possam compreender e optar. Esse processo de oralidade faz com que as pessoas envolvidas passem a perceber as consequências advindas de seus atos, havendo assim posterior amadurecimento, formação de caráter e responsabilidade social.

¹² BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

Além da Teoria dos Jogos, há várias técnicas para que as partes consigam exercer seu protagonismo na sessão de mediação. Mas vale advertir que, considerando que a mediação compreende várias partes e múltiplos conflitos e peculiaridades, a utilização das técnicas a partir desse momento não segue um padrão preestabelecido e que há variações entre os doutrinadores a respeito de cada umas das técnicas, pois, no caso concreto, o mediador perceberá a necessidade ou não da sua aplicação, se ela se dará de forma individual ou em conjunto, porém, para fins didáticos, será demonstrada a forma básica de utilização.

Conforme já se afirmou, o mediador, tem o dever de buscar sempre estimular a comunicação e a cooperação entre as partes ao longo de todas as etapas da mediação, estas são as maiores ferramentas de auxílio na busca pela resolução do conflito, porém, existem outras técnicas que são aplicadas conforme a etapa em que a sessão se encontra, estas serão comentadas a posteriori. Antes de dar início a mediação, faz-se necessário saber que o ambiente onde se desenvolve a sessão, deve conter alguns atributos especiais, um estímulo visual e amparo estrutural que promova segurança e conforto para as pessoas que ali buscam auxílio. A sala, por exemplo, deve ser pintada de cores claras, que remetam a sensação de paz e equilíbrio e no centro, haverá uma mesa redonda, onde as pessoas sintam-se próximas, como protagonistas e não antagonistas.

Um outro ponto a evidenciar é que durante o primeiro acolhimento, realizado também por um mediador, este deverá ser receptivo de modo que o indivíduo que busca ajuda vivencie uma experiência onde se sinta importante e confortável, a partir disso, o nervosismo já será reduzido antes mesmo do início da sessão de mediação. No primeiro momento será introduzido aos participantes de forma simples, porém completa, uma explicação acerca do funcionamento do processo de mediação. Nesse momento, serão exibidos os atributos que descrevem tanto os envolvidos, como todo o procedimento, lembra-se aspectos como imparcialidade do mediador, independência das partes, afastando

toda e qualquer dúvida que possa estar ocorrendo. Após, o mediador começará a exercer a técnica da escuta ativa, que nada mais é do que a oitiva dos fatos que levaram os participantes a estarem ali, quais seus problemas, dificuldades, raivas e anseios. As próprias partes deverão escolher quem irá começar a falar, pois como já dito antes, o mediador não exerce poder decisório. Neste momento, o mediador deverá além de ouvir, intervir apenas no sentido de fomentar a comunicação, para que a exposição dos fatos seja bem executada por todos.

Em seguida, será o ponto onde ocorre o denominado parafraseamento e resumo, ou seja, o mediador reproduzirá as próprias expressões utilizadas pelos participantes, para que as partes reflitam sobre o que foi dito, indicando o que consideram certo e errado, ou até mesmo reformulando suas próprias palavras e por fim, será feito um resumo contando tudo aquilo que for relevante. Em face da exposição das causas aparentes do conflito, o mediador poderá se valer de questionamentos para dirimir quaisquer contradições. Ao dar continuidade no uso das técnicas já mencionadas e introduzindo a observação das expressões, poderá captar possíveis desdobramentos na relação, sendo esse o caso, surgirão o(s) real(is) motivo(s) do conflito, é o que chamamos de conflito real¹³.

Caso seja necessário para minimizar uma possível exaltação dos ânimos entre os indivíduos participantes, em prol da consensualidade e pacificação social por meio da continuidade da sessão, o mediador terá à sua disposição um mecanismo conhecido como *caucus*, onde cada um poderá conversar em particular com o mediador, sobre informações ou pela própria dificuldade em transmitir por meio da fala, seus sentimentos, angustias e necessidades¹⁴. Há

¹³ ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

¹⁴ NASCIMENTO, Meire Rocha do. Mediação como Método de Solução Consensual de Conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advogado, e do Ministério Público. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v. 1,

controvérsias no uso da *caucus* por se tratar de um momento privado, pois ela pode estimular a desconfiança por parte do outro participante, como também pode gerar um sentimento de preferência ou parcialidade do mediador. Para que isto não ocorra, o mediador pode evitar a sua utilização, ou esclarecer a função dessa técnica e realizar esse momento individual com ambos os envolvidos.

Após todo um tratamento aprofundado da causa do conflito, deve-se realizar o denominado *brainstorming*, termo que advém da língua inglesa, que carrega o significado de “tempestade de ideias”. Trata-se de uma ferramenta de construção criativa de ideias, por meio da sugestão dos participantes, onde cada um colaborará indicando as formas que o conflito poderá ser solucionado. Nesse ápice, os participantes deverão se encontrar num estado cooperativo, onde estão dispostos a reduzir seus lucros individuais, com o intuito de uma conquista maior e mais oportuna para todos¹⁵.

Finalizando todo o procedimento de mediação, as partes, em conjunto e voluntariamente, pela livre escolha, deverão eleger a alternativa mais conveniente dada a realidade as quais se encontram. Assim, será elaborada a redação que contenha os fatos e objeto da mediação, bem como o acordo realizado, conforme todas as formalidades previstas nas legislações abordadas em capítulo específico. Em resumo, as técnicas mais comuns são as da cooperação, escuta ativa, parafraseamento, resumo, perguntas abertas, observação das expressões e *caucus*. Em razão da interdisciplinaridade da mediação, abrangendo por exemplo áreas da economia e psicologia, há uma variedade de outras técnicas que podem ser utilizadas, porém, no geral, são ferramentas similares as aqui já discutidas.

n. 1, p. 321/337, maio 2017. Disponível em: http://www.emeri.tirj.ius.br/revistas/foamec/volumes/volumel/revistafonamec_numero1volumel_321.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 107.

Diante do exposto, verifica-se que por meio da percepção do mediador, desde os primeiros momentos, no decorrer dela, até a finalização, deve-se coordenar a aplicação das ferramentas em conformidade com os resultados que se espera atingir no deslinde da sessão, levando sempre em apreço o estado temperamental nos quais os participantes se encontram, na constante busca pelo apaziguamento das relações e desenvolvimento pessoal. Daí a importância da formação adequada dos mediadores, pois para que se possa conduzir de forma frutuosa uma sessão de mediação este deve ter compreendido e experimentado a utilização de cada uma das técnicas bem como a formação didática e oratória, para desenvolver e acompanhar a mediação e obter consequentemente efeitos pertinentes.

Considerações finais

A consensualidade vem para oportunizar as pessoas um caminho de construção de caráter e desenvolvimento pessoal, onde os indivíduos possam solucionar seus conflitos de forma mais prática, com segurança e prestígio. Desta forma, o tratamento dado aos métodos consensuais, tais como a mediação e conciliação, não podem mais ser considerados como alternativos no âmbito do processo civil e sim essência do mesmo, pois a partir da sua constituição legal, vemos que é obrigatório por meio de ações do Estado sua estimulação a todo momento processual.

Visualizar a implementação e utilização da mediação e conciliação no Brasil, oportuniza a disseminação do conhecimento sobre como a população se comportará diante dessas transformações, isso porque no Brasil, a consensualidade ainda não é vista com a seriedade pelos indivíduos, pois como são métodos relativamente novos, não há uma cultura forte acerca de sua prática. Para promover a cultura da consensualidade, espera-se que o Poder Público desenvolva ações sociais, por meio da utilização de panfletos, faixas, propagandas

e visitas técnicas às instituições de ensino, repartições públicas, privadas e áreas lazer e entretenimento, para que seja difundida a ideia e importância dos métodos consensuais, além disso, deve-se zelar e valorizar o profissional, mediador e conciliador por sua importância e empenho na busca da pacificação social difusão da consensualidade.

Entender como se desenvolve o conflito internamente e externamente na sociedade esclarece como a consensualidade contribui na formação da cidadania, amadurecimento pessoal e na reconstrução do convívio e relações sociais. Recorrer a consensualidade não significa apenas resolver o litígio, e sim resgatar a comunicação para que os envolvidos possam lidar melhor com novos conflitos. A Teoria dos jogos contribui fornecendo conhecimento acerca da cooperatividade, de modo que os indivíduos possam obter a maximização dos resultados, com o mínimo de perdas e concessões, o chamado ganha-ganha. A cooperação funciona como um meio de facilitar o diálogo, auxiliando o mediador na condução dos indivíduos participantes.

A perícia na utilização das técnicas como a escuta ativa, perguntas abertas e *brainstorming*, contribuem expressivamente nos resultados pretendidos. Saber captar informações relevantes, esquematizar de forma prática e promover a criatividade dos participantes é uma função exclusiva do mediador. A partir da administração das emoções e necessidades, o mediador guia com sensibilidade e didática os participantes da sessão, no caminho apropriado para a solução do estado de oposição.

No decorrer do desenvolvimento deste artigo, percebe-se a dificuldade em obter dados estatísticos acerca dos números de casos solucionados imediatamente na mediação, como também não há pesquisas acerca da existência de pedidos de revisão ou execução dos acordos realizados nos âmbitos judiciais e extrajudiciais. Acredita-se que esteja porvir um banco de dados voltado apenas para a mediação, trazendo mais conteúdo para novas pesquisas facilitando a análise da sua efetividade e o desenvolvimento de ações para seu aperfeiçoamento.

Em continuidade a este estudo, há um vasto campo inexplorado onde se recomenda futuras abordagens, por exemplo, a realização de uma análise dos resultados e relatórios, de forma a aprimorar as sessões ou sobre meios inovadores de desenvolver a consensualidade em outros ambientes. A cooperação de John Nash, nada mais é do que o trabalho conjunto na busca da maximização dos ganhos, desta forma, as partes envolvidas no conflito deverão gerir estrategicamente seus objetivos de forma que se obtenha um resultado do tipo ganha-ganha. A maximização dos ganhos não significa um resultado que satisfaça com plenitude ambas as partes, mas sim aquele onde há o maior equilíbrio entre as perdas, ganhos e concessões.

Neste sentido, conclui-se, portanto, que para estimular a consensualidade, há necessidade de um correto aprendizado, habilitação e perícia por parte do Mediador, para que este, utilizando-se das técnicas adequadas, fecunde ambiente propício para a autocomposição por meio da despolarização do conflito e empoderamento das partes, conforme os atuais paradigmas da Teoria do Conflito no neoprocessualismo civil, para fins da efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

Referências

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO, Gustavo Oliveira Dias de. **A Teoria dos Jogos, o equilíbrio de Nash e o Código de Processo Civil de 2015**. 2017. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.fuamec.br/revistas/pdmd/article/view/5493/2763>. Acesso em: 11 maio 2018.

EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. 1995. 15 f. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8852/10404>. Acesso em: 12 maio 2018.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade**: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas. 2017. 511f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MOORE, Christopher W. **O processo da Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NASCIMENTO, Meire Rocha do. Mediação como Método de Solução Consensual de Conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advogado, e do Ministério Público. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 321/337, maio 2017. Disponível em: http://www.emeri.tjri.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_321.p df. Acesso em: 10 out. 2020.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos: o Equilíbrio de Nash como estratégia de maximização de ganhos. 2017. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 94-110, maio 2017. Disponível em: http://www.emerj.tirj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_94.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

A importância da utilização dos mecanismos democráticos de participação direta popular ao longo dos 30 anos da CRFB/1988

The importance of the use of democratic mechanisms for popular direct participation over the 30 years of CRFB/1988

Hilanna Karine Gomes Fossile*
Marcus Vinícius Parente Rebouças*

Resumo: A pesquisa discorre sobre o surgimento da democracia participativa, bem como os seus mecanismos inerentes, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, ação popular e outros. Ademais, o trabalho propõe observar como e quais desses são aplicados no direito brasileiro e se eles são instrumentos que possuem uma grande repercussão e se legitimam a soberania popular. A grande motivação para esse trabalho foi à necessidade de apresentar um tema pouco debatido no âmbito político nacional, mas que possui uma grande relevância, e, de certa forma, ainda é muito desconhecido pelos brasileiros. O trabalho analisou diversas obras nacionais e estrangeiras sobre o tema por meio de livros, revistas, artigos e publicações referentes ao campo do Direito.

Palavras-chave: Democracia participativa. Instrumentos de participação popular. Constituição. Regime Democrático. Soberania Popular.

Abstract: The research discusses the emergence of participatory democracy, as well as its inherent mechanisms, such as the plebiscite, the referendum, the

* Advogada. Pós-graduanda em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: hilannafossile@hotmail.com.

* Juiz Federal. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: mvreboucas@jfce.jus.br.

popular initiative, popular action and others. In addition, the work proposes to observe how and which of these are applied in Brazilian law and if they are instruments that have a significant impact and legitimate popular sovereignty. The motivation for this work was the need to present a topic that was little debated at the national political level, but that has great relevance, and, in a way, is still very unknown by Brazilians. The work analyzed several national and foreign works on the subject through books, magazines, articles and publications referring to the field of Law.

Keywords: Participative democracy. Instruments of popular participation. Constitution. Democratic Regime. Popular Sovereignty.

Introdução

Em grande parte dos Estados soberanos, a democracia é uma considerada um regime político de governos marcados pelo ideal de soberania popular, logo, o poder político é exercido pelo povo e para o povo. Desde a democracia da Antiguidade até a hoje, houve vários traços marcantes distintos do regime político democrático. Entre esses traços podemos citar possibilidade de um indivíduo exercer diretamente o poder político, sem intermédios de representante, consagrando assim a democracia direta ou pura que, em razão da extensão territorial e da população, tornou-se inviável ser aplicada aos Estados modernos.

De outro lado, com a evolução dos valores sociais, é possível vislumbrar a eleição de representantes da vontade popular para tratar de decisões governamentais em nome do povo, formando a democracia representativa ou indireta.

Deve-se destacar ainda que a democracia é um mecanismo que se encontra em permanente dinâmica. Analisa-se que, nos últimos anos, em especial no Brasil, há uma inclinação para que o povo participe mais ativamente das decisões políticas de seu Estado, portanto, mesmo com a consolidação das práticas de eleição de representantes eleitos para o exercício de mandatos eletivo, originando-se, nessa

conformidade, a democracia participativa, um regime misto, formado pela fusão da democracia direta e indireta.

A democracia participativa tornou-se uma alternativa para os Estados que possuíam uma democracia apenas representativa, haja vista que está última, em muitos momentos, mostrou-se limitada para controlar as demandas sociais. No Brasil, é adotado o modelo da democracia participativa ou semidireta.

A justificativa para a apresentação deste trabalho decorre da necessidade de se ressaltar o quanto é importante uma democracia efetiva e consolidada, bem como a implementação de instrumentos de participação popular que viabilizem isso, para que não exista crise em um governo ou grandes proporções de escândalos de corrupção e, ainda, para que haja um aumento no interesse dos eleitores na vida política de seu Estado, bem como um aumento nos níveis de crescimento econômico e financeiros, em razão da boa-gestão.

1 A Democracia Participativa na Constituição Federal de 1988

Etimologicamente, o termo “democracia” é composto pelas palavras gregas “demos”, que se pode traduzir por “povo”, e “kratos”, que significa “poder”. Assim, o vocábulo “democracia” pode ser compreendido como um regime político em que o povo participa de forma efetiva nas decisões políticas do Estado, de modo direto e/ou indireto¹.

É, portanto, um regime que proporciona voz e ação ao povo através da criação de leis, fiscalização, escolha de representantes, direta e/ou indiretamente e etc. Contudo, segundo Ingo Wolfgang Sarlet², “a democracia não é apenas um processo de legitimação da soberania

¹ PINTO, Kleber Couto. **Curso de teoria geral do Estado: fundamento do direito constitucional positivo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 168.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 662.

popular, haja vista que, em um aspecto material, caracteriza-se pela proteção e promoção de inúmeros princípios e direitos fundamentais”.

Ainda a democracia é um regime político muito difundido em sociedades contemporâneas, sendo qualificado, segundo Afonso da Silva³, como “um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da História”. No Brasil, foi adotada pela Constituição Federal de 1988 a democracia semidireta, conforme os artigos 1^o e 14^o. Nesse sentido, Avizú e Silva⁶ assinalam:

Assim, com a democracia participativa, pretende-se aliar aos mecanismos intrínsecos de democracia representativa, como o voto e os partidos políticos, novos institutos, novos atores e novas formas dos cidadãos participarem da vida pública. Pretende-se municiar a população com recursos para demonstrar sua satisfação ou insatisfação com os rumos que estão sendo adotados por seus representantes. Por certo que essas demonstrações populares não poderão engessar a Administração Pública de tal forma que regridamos aos tempos da democracia direta e, com isso, tragamos à tona os mesmos problemas de então, mas são, sim, como base na democracia direta que novas formas de exercício da democracia deverão ser propostas.

A democracia participativa não se exaure no momento da eleição, isolada e de forma individual exercida pelo eleitor; envolve a

³ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

⁶ AVIZÚ, Cristiane; SILVA, Maurício Jayme e. Democracia e advocacy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, jul/set. 2009. p. 306.

participação coletiva direta do povo na formação da vontade política. Entre alguns instrumentos de participação do povo estão: iniciativa legislativa popular, referendo popular, plebiscito popular, veto popular, revogação (recall) e ação popular ⁷. Desses instrumentos, apenas a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular estão previstos na Constituição.

Aduz ainda Angela Issa Haonat⁸:

Apesar de previstos, os instrumentos garantidos na Constituição que possibilitam a participação popular, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular são pouco utilizados. E, muitas vezes, quando utilizados, as pessoas não estão preparadas para assumir escolhas das quais não conhecem as consequências e/ou mesmo se absterem de participar do processo. Nesse contexto, a participação popular sobre o assunto debatido, o que nos leva, em alguns casos, a resultados desastrosos para a coletividade.

Nesse sentido, conclui-se que, para que haja uma democracia consolidada e efetiva, é essencial que a sociedade esteja preparada para participar das decisões estatais, assumindo a sua soberania popular.

1.1 Os Mecanismos de Participação Direta na Democracia Brasileira

O preceito democrático figura como um princípio fundamental da vigente Constituição, que instituiu a fórmula política do Estado Democrático de Direito. Em análise aos antecedentes normativos do Brasil, pode-se assinalar que a Constituição Federal de 1988 foi a

⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 51.

⁸ HAONAT, Angela Issa. Aspectos controversos na legitimidade ativa da propositura da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carlos Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 12. Palmas: TJTO, 2019. p. 235.

primeira a instituir o princípio democrático, na estrutura institucional do Estado de Direito. Sobre a união desses referidos princípios, Dirley da Cunha Junior⁹ expõe que:

[...] não como simples união formal de seus elementos respectivos, tendo em vista que revela um conceito novo que os supera, mas como providência de transformação do status quo e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito foi instituído com o objetivo de tutelar, num ambiente democrático, valores humanos fundamentais, consagrados na Constituição, que projetou uma forma de organização política fundada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, consoante o seu artigo 1º.

O princípio democrático encontra-se, de fato, intimamente ligado ao princípio da soberania popular; que se refere, mais especificadamente, à fonte ou ao titular do poder soberano, enquanto o primeiro diz respeito, em um sentido mais estrito, ao exercício desse poder.

Portanto, conclui-se que, conforme anteriormente aduzido, num regime democrático, o exercício do poder político soberano pode se dar de forma indireta, por intermédio de representantes eleitos, ou/e de forma direta, pelo próprio povo, sem intermediários. Por sua vez, levando em conta o modo como se dá o exercício do poder pelo povo, os regimes democráticos podem ser diferenciados em democracia direta ou pura, onde o povo expressa a sua vontade por voto direto em cada assunto particular; democracia indireta ou representativa, quando o

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 511.

povo expressa a sua vontade através da eleição de seus representantes, que tomam decisões em nome daqueles que os elegem; e democracia semidireta, mista ou representativa, quando o povo tem o poder de intervenção direta nas decisões políticas de seus representantes por meio de mecanismos de participação direta.

Com a Constituição de 1988, adotou-se, no Brasil, uma democracia semidireta, participativa, haja vista que se acolheu uma associação entre representação e participação direta popular. Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior¹⁰ assinala:

Quando a Constituição afirma que o povo exerce o poder por meio de seus representantes eleitos, ela explicita a democracia representativa; contudo, quando indica que o povo exerce o poder diretamente, ela exprime a democracia direta. Da conjunção da democracia representativa e da democracia direta temos um modelo distinto de democracia semidireta, que nada mais é senão uma democracia representativa com alguns institutos ou mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional. Da democracia direta se desenvolve a chamada democracia participativa.

A Constituição de 1988 consolida, em seu artigo 14, alguns mecanismos de participação popular na vida do Estado, tais como: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Além disso, no artigo 5º, inciso LXXIII¹¹, o instrumento da ação popular.

O Constituinte criou mecanismos de participação popular direta no próprio Texto Constitucional. Entre esses mecanismos, podemos conceituar o plebiscito como a consulta prévia acerca de uma

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 45.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

questão política; já o referendo como uma consulta *a posteriori* destinada a obter uma ratificação do povo de uma medida já aprovada; a iniciativa popular trata-se de uma prerrogativa atribuída ao povo de diretamente poder apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo e, por fim, a ação popular, um remédio constitucional mediante o qual qualquer cidadão pode postular a declaração judicial da invalidade de atos estatais¹².

1.1.1 Os mecanismos previstos na CRFB/88

Conforme já exposto, no atual Estado brasileiro, há a adoção de um modelo democrático, predominantemente representativo, combinado com a presença de mecanismos de participação popular direta, formando, assim, uma democracia participativa ou semidireta, que, conforme Jose Afonso da Silva¹³, caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo.

Sobre o tema, Bonavides¹⁴ leciona que “a democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos”. Pode-se concluir que esse instrumento veio para emancipar os valores de uma sociedade livre, justa, plural e solidária no Estado brasileiro.

¹² SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 463.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 143.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

1.1.1.1 Plebiscito

Segundo Bulos¹⁵, o plebiscito e o referendo merecem um exame particularizado, haja vista que são duas formas de exercício do direito do voto, permitindo auscultar a vontade do povo, autêntico destinatário das decisões governamentais.

Previsto no artigo 14, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e regulado pela Lei de nº 9.709/98¹⁶, o plebiscito consiste numa consulta prévia aos cidadãos sobre um determinado assunto político ou institucional, antes da elaboração de um ato normativo ou administrativo. Logo, a consulta é feita de forma antecedente às deliberações das Casas Legislativas ou do Poder Executivo.

No âmbito federal, para que a população faça uso desse mecanismo, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, como a convocação, por meio de decreto legislativo, de competência privativa do Congresso Nacional. Além disso, segundo a Lei específica, o plebiscito só poderá ser utilizado em situações de matérias com acentuada relevância constitucional, administrativa ou legislativa.

Há algumas situações em que o plebiscito deve ser instaurado de forma vinculada, isto é, há algumas hipóteses em que o uso da consulta prévia é obrigatório, como, por exemplo, a situação prevista no artigo 18, § 3º, da Constituição Federal de 1988¹⁷, que estabelece que a incorporação, a subdivisão ou o desmembramento de Estados-membros entre si com o objetivo de anexar ou formar outros Estados ou Território deve passar por uma consulta prévia à população

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 843.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

diretamente interessada. Ademais, no § 4º do mesmo dispositivo, determina-se que, em âmbito municipal, também é obrigatório o uso de uma consulta prévia, mediante plebiscito, às populações envolvidas.

De acordo com o endereço eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral¹⁸, o plebiscito só foi utilizado uma única vez, em caráter nacional, em 1993, momento em que se optou pela forma republicana e o sistema presidencialista de governo, seguindo o previsto no artigo 2º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias¹⁹. Além do mais, no âmbito estadual, em 2011, no Estado do Pará, tratou-se da possibilidade de desmembramento dessa região.

1.1.1.2 Referendo

Compreende Alexandre Sanches Cunha²⁰ que o referendo é destinado à ratificação popular de decisões estatais prévias. Portanto, esse instituto é utilizado com o objetivo de buscar uma confirmação de um ato estatal já formado, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar.

No Brasil, o referendo é positivado no artigo 14, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e regulado também pela Lei de nº 9.709/98, art. 2º “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa”.

Ademais, assim como o plebiscito, consoante ao artigo 2º²¹ da Lei específica, o referendo é uma consulta formulada ao povo para que

¹⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plebiscito e Referendo**. Disponível em: <http://www.tse.ius.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 17 out. 2020.

¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

²⁰ CUNHA, Alexandre Sanches. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99.

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

haja deliberação sobre matéria de relevância constitucional, legislativa ou administrativa.

Nesses termos, existindo deliberação sobre essa matéria, o referendo poderá ser convocado pelo Congresso Nacional. O procedimento ocorrerá da mesma forma que o plebiscito, porém, além de publicação do ato, a Justiça Eleitoral, nos limites da sua circunscrição, terá que fixar data para a consulta, expedir instruções acerca da consulta, bem como assegurar o acesso gratuito de partidos políticos pela sociedade civil para a divulgação das posições político-partidárias sobre o assunto, em concordância com o artigo 8º da Lei específica²².

Aprovado o ato convocatório, o Presidente do Congresso Nacional dará ciência à Justiça Eleitoral, a quem incumbirá, nos limites de sua circunscrição: I – fixar a data da consulta popular; II – tornar pública a cédula respectiva; III – expandir instruções para a realização do plebiscito ou referendo; IV – assegurar a gratuidade nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.

O referendo só foi utilizado duas vezes, na esfera nacional, em 1963, ocorreu a primeira expressão, que foi essencial para definir os rumos da história política brasileira, a numa consulta sobre a continuação ou não do parlamentarismo no País. Já a segunda, em 2005, a única após a promulgação da Constituição de 1988, foi sobre uma alteração no artigo 35 do Estatuto do Desarmamento²³, que proibia

²² BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

²³ BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, segundo sítio eletrônico do TSE²⁴.

1.1.1.3 Iniciativa Popular

A iniciativa popular define-se como o poder da população em provocar o Poder Legislativo a editar um texto legal sobre um tema. Essa provocação se dá com um projeto já elaborado. Azambuja²⁵ desenvolve o conceito da seguinte forma:

A iniciativa popular aproxima-se ainda mais de democracia direta. Pelo referendun, a lei elaborada pelo Parlamento adquire força obrigatória; pela iniciativa popular, o Parlamento é obrigatória a elaborar uma determinada lei. Se um certo número de eleitores se manifesta pela necessidade de uma certa lei, o Parlamento fica juridicamente obrigado a discuti-la e votá-la. Geralmente a lei votada pelo parlamento em consequência da iniciativa popular é submetida ainda a referendun, a fim de verificar se a maioria dos cidadãos vivos ativos aprova a medida proposta por parte deles.

O exercício da iniciativa popular demanda a satisfação de alguns requisitos. Segundo Uadi Lammego Bulos²⁶:

É necessário haver um número razoável de eleitores, pois o projeto precisa ser subscrito por, no mínimo, 800.000 eleitores, aproximadamente, ou seja, 1 % do eleitorado nacional, distribuídos pelo menos em 5 Estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles. No âmbito

²⁴ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plebiscito e Referendo**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 15 fev. 2020.

²⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005. p. 224-225.

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 842.

do processo legislativo estadual, a lei deverá dispor sobre a iniciativa popular. Quanto aos municípios, cumpre à Lei Orgânica Municipal regular o instituto, adequando-o ao interesse específico da municipalidade, cidade ou bairro, pela manifestação de, pelo menos, 5 % do eleitorado.

No âmbito federal, satisfeitos os requisitos, o projeto será apresentado à Câmara dos Deputados, que é a Casa iniciadora nesse caso. Conforme o artigo 13, § 2º da Lei 9.709/98²⁷, a iniciativa popular não pode ser rejeitada por vício formal, haja vista que cabe à Casa Legislativa sanar tais vícios.

A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

[...]

§2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Ainda, na esfera federal, há apenas quatro exemplos de aprovação de projetos de lei de iniciativa popular, após a Constituição de 1988, sendo, portanto, o mecanismo de participação direta mais utilizado. Destaca-se que alguns deputados tiveram que adotar os projetos como se fosse de sua autoria, em virtude da falta de viabilidade de verificar milhões de assinaturas da população.

Em 1994, o primeiro projeto foi aprovado, sancionado e resultou na Lei 8.930²⁸, que alterou o rol dos crimes hediondos previsto

²⁷ BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm#art1. Acesso em: 17 out. 2020.

na Lei 8.072/90²⁹, adicionando o homicídio qualificado. Essa iniciativa popular ganhou repercussão, por conta do homicídio da atriz Daniela Peres, da Rede Globo.

Posteriormente, no ano de 1999, foi elaborado um segundo projeto de iniciativa popular, do qual resultou a Lei 9.840/99³⁰, que tinha como principal objetivo combater a corrupção eleitoral, com a proibição da prática de compra de votos nas eleições, através da cassação do mandato do condenado e o pagamento de multa.

O terceiro projeto de lei de iniciativa popular, do qual se originou a Lei 11.124, de 2005³¹, teve como principal objetivo o acesso da população de baixa renda à terra urbanizada, por meio do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social. Esse projeto foi apresentado pelo Movimento Popular da Moradia, no ano de 1992.

Finalmente, em 2010, o último exemplo, a lei mais recente de iniciativa popular, é a Lei da Ficha Limpa, isto é, a Lei Complementar de nº 135³². Esse dispositivo torna inelegível para cargos eletivos candidatos que já tenham sido condenados por crime de natureza eleitoral ou por alguma outra infração relacionada ao seu mandato.

1.1.1.4 Ação Popular

A ação popular é um instrumento, previsto no artigo 5º, inc LXXIII, da CF/88, que trata da impugnação de atos lesivos e ilegais praticados contra os entes estatais e entidades subvencionadas com

²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³¹ BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

³² BRASIL. **Lei Complementar de nº 135, de 04 de junho de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

dinheiros públicos, o patrimônio público, histórico e cultural, meio ambiente e moralidade administrativa.

Segundo Bulos³³, “o que caracteriza esse instrumento é a sua impessoalidade, pois visa resguardar a coisa pública, a coisa do povo; não pode ser usada em nome de interesse particular, inerente ao cidadão individualmente tomado”.

Convém ressaltar que é garantido a qualquer cidadão, isto é, brasileiro, nato ou naturalizado, no pleno exercício de seus direitos políticos o uso desse mecanismo, conferindo, assim, mais uma forma de intervenção do cidadão na vida pública, como uma expressão da soberania popular.

1.2.1 Outros mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro

Há inúmeras formas de participação direta do povo na vida política e na direção dos assuntos públicos, não apenas as expressas na Constituição de 1988³⁴. No âmbito estadual e municipal, algumas Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais e do Distrito Federal preveem outros mecanismos de participação popular direta. Entre esses mecanismos encontra-se: a iniciativa compartilhada, o orçamento participativo a veto popular à execução de lei e o veto popular à obra pública ou privada consideradas contrária ao interesse público ou prejudicial ao meio ambiente.

1.2.1.1 Orçamento participativo

O orçamento participativo é um instrumento de democracia participativa que permite que o povo possa controlar e participar das

³³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 775.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 51.

decisões sobre os orçamentos públicos de uma determinada região, geralmente de investimentos de prefeituras, na esfera municipal.

Não é possível, contudo, estabelecer uma sistemática universal para o processamento do orçamento participativo, haja vista que cada local adota uma dinâmica diferente.

No Brasil, é possível verificar a aparição desse instrumento em algumas cidades, como em Fortaleza, Capital do Ceará, segundo a Lei Orgânica Municipal de Fortaleza, em seu artigo 59, inciso VI³⁵; em Lages, no estado de Santa Catarina, segundo a Lei Orgânica Municipal, em seu artigo 222, inciso II e III³⁶; em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, segundo artigo 116, em sua integralidade, da Lei Orgânica Municipal do referido município³⁷, e entre outras leis orgânicas de diversos municípios ao longo da extensão territorial do Brasil.

1.2.1.2 Veto popular

Segundo Afonso da Silva³⁸, o veto popular acontece quando uma determinada lei em vigor pode ser submetida a veto popular se assim solicitar um determinado número de eleitores.

Assim como os instrumentos existentes no Brasil, o veto é um mecanismo de participação popular e expressão da soberania popular, porém possui uma função diferente, na qual trabalha com o objetivo de permitir que o povo possa deliberar contrariamente sobre uma lei ou medida já elaborada, sendo, portanto, um controle legislativo exercido

³⁵ FORTALEZA. **Lei Orgânica Municipal nº 1, de 15 de dezembro de 2006**. Fortaleza, CE, Disponível em: <https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/ta/44/text>. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁶ LAGES. **Lei Orgânica Municipal de Lages, 05 de abril de 1990**. Lages, SC, Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-lages-sc>. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁷ PORTO ALEGRE. **Lei Orgânica Municipal nº 0, de 04 de abril de 1990**. Porto Alegre, RS, Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000022938.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>. Acesso em: 17 out. 2020.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 51.

pelo povo. Destaca-se que a Constituição Federal não prevê a instituição do veto popular, na esfera federal.

Contudo, no âmbito municipal, algumas Leis Orgânicas Municipais, como a de Fortaleza, prevê a existência do veto popular em relação à execução de uma lei, bem como o veto popular em relação a uma obra pública ou privada considerada contrária ao interesse público, conforme artigo 59, inciso V, desse mesmo diploma³⁹.

1.2.1.3 Iniciativa compartilhada

A Constituição do Estado do Ceará, em seu artigo 5º, inciso V⁴⁰, prevê outra possibilidade de exercício de participação popular, a iniciativa compartilhada, que permite o que o cidadão cearense leve a sua pretensão à Assembleia Legislativa por meio de entidades de sociedade civil, como, por exemplo, sindicatos, federações, associação de moradores, estudantes, dentre outras, salvo partidos políticos, órgãos e entidades públicas⁴¹.

Considerações finais

No decorrer do trabalho, foi analisado que o Brasil, possui uma democracia participativa, isto é, um regime político que deveria colocar em prática o preceito constitucional de que “todo o poder emana do povo”, tendo em vista que é um fenômeno que tem o objetivo

³⁹ FORTALEZA. **Lei Orgânica Municipal nº 1, de 15 de dezembro de 2006**. Fortaleza, CE. Disponível em: <https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/ta/44/text>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁴⁰ CEARÁ. Assembleia Legislativa. **Constituição (1989). Constituição Estadual, de 5 de outubro de 1989**. Fortaleza, CE. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/atividades-legislativas/constituicao-do-estado-do-ceara>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁴¹ CEARÁ. Assembleia Legislativa. **Projeto de Iniciativa Compartilhada**. 2012. Disponível em: https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2012/02/17/noticiasiorna_lpolitica.2786665/projeto-de-iniciativa-compartilhada.shtml. Acesso em: 17 out. 2020.

de construir uma realidade de gestão que valorize o máximo dos princípios democráticos, da soberania popular, ao colocar o povo como protagonista e fiscal da governabilidade.

Nota-se que o regime democrático tem a possibilidade de rever os próprios equívocos e mudar de acordo com as suas necessidades. Reafirmando a tese de que, desde a Antiguidade, é um meio de expressão política que se renova de acordo com o momento histórico, readaptando-se para que consiga se reorganizar novamente. Portanto, esse instituto não é algo estável, de fato, pois se encontra em permanente dinâmica, sendo considerado um objetivo a ser alcançado. Como um ideal, a efetiva participação de todos os cidadãos de uma comunidade é uma das maneiras que exprime a concretização da democracia.

Tal como foi explanado nos tópicos anteriores, a democracia participativa possui um sentido mais concreto, no qual o povo, titular do poder político, participa ativamente na formação dos atos de governo por intermédio de mecanismos próprios. No texto constitucional de 1988, conforme já estudado, admitiu-se esse modelo de democracia, havendo, portanto, mecanismos de participação direta, tais como: plebiscito, referendo, iniciativa popular e ação popular.

Ressalta-se que a participação popular direta é realmente muito burocrática, já que cabe ao Congresso Nacional convocar o povo para manifestar-se. Nesse sentido, a soberania popular semidireta vem se pautando por um sistema voltado para a eficácia de uma democracia representativa, e não participativa direta. Nesse sentido, essa burocracia pode, de certo, ter contribuído para a atual crise democrática brasileira, bem como a crescente falta de legitimação política.

Uma democracia consolidada em um determinado Estado influencia na elevada consciência ética da população em participar de debates públicos acerca de questões relevantes para a vida da sociedade, como, por exemplo, a escolha de representantes na época das eleições, a criação de um sistema eleitoral eficiente, as medidas necessárias para mitigar a corrupção dos políticos, bem como a

fiscalização do dinheiro e dos órgãos públicos. Nessa acepção, com o bloqueio das técnicas democráticas, a consolidação dessas questões relevantes encontra-se ameaçada.

Salienta-se que, em tempos de crise democrática e do sistema representativo, o que é a realidade em uma boa parte das democracias contemporâneas, uma questão que entra recorrentemente em debates políticos é a falta de efetivação da participação direta do povo nas decisões do Estado, bem como a pouca utilização dos mecanismos que evidencia essa efetivação.

Referências

AVIZÚ, Cristiane; SILVA, Maurício Jayme e. Democracia e advocacy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, jul/set. 2009. p. 287-306, Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalPeriodicos/TodosOsPeriodicos/RevDirConstitucionalEInternacional/RDConsInter_n.068.pdf. Acesso em: 23 out. 2020.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato20042006/2005/Lei/L11124.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar de nº 135, de 04 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.** Dá nova redação ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm#art1. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999.** Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

CEARÁ. Assembleia Legislativa. **Projeto de Iniciativa Compartilhada.** 2012. Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2012/02/17/noticiasiornalpolitica.2786665/projeto-de-iniciativa-compartilhada.shtml>. Acesso em: 17 out. 2020.

CEARÁ. Assembleia Legislativa. Constituição (1989). **Constituição Estadual, de 5 de outubro de 1989.** Fortaleza, CE. Disponível em:

<https://www.al.ce.gov.br/index.php/atividades-legislativas/constituicao-do-estado-do-ceara>. Acesso em: 17 out. 2020.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

FORTALEZA. **Lei de nº 1, de 15 de dezembro de 2006**. Lei Orgânica Municipal de Fortaleza. Fortaleza, CE, Disponível em: <https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/ta/44/text>. Acesso em: 17 out. 2020.

HAONAT, Angela Issa. Aspectos controvertidos na legitimidade ativa da propositura da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carlos Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 12. Palmas: TJTO, 2019. p. 229-248.

LAGES. **Lei de nº 05 de abril de 1990**. Lei Orgânica Municipal de Lages, SC, Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/lei-organica-lages-sc>. Acesso em: 17 out. 2020.

PINTO, Kleber Couto. **Curso de teoria geral do Estado: fundamento do direito constitucional positivo**. São Paulo: Atlas, 2013.

PORTO ALEGRE. **Lei nº 0, de 04 de abril de 1990**. Lei Orgânica do Município de Porto Alegre. Porto Alegre, RS, Disponível em:

<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nphbrs?s1=000022938.DOC.N.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>. Acesso em: 17 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Plebiscito e Referendo**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em: 15 fev. 2020.

O papel do intérprete e os problemas dos limites da mutação (in)constitucional: as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 como exemplos de mutações inconstitucionais

The interpreter's role and the problems of the limits of (un) constitutional mutation: Constitutionality Declaratory Actions n. 43 and 44 as examples of unconstitutional mutations

Lucas Matos da Silva*

Tainah Simões Sales*

Resumo: No presente artigo, estudou-se a evolução do papel do intérprete jurídico, nos contextos do positivismo jurídico e do pós-positivismo, e a falta de limites da mutação constitucional. Mediante pesquisa pura, qualitativa e bibliográfica, demonstrou-se que a atual concepção do hermeneuta, com base na corrente pós-positivista, é fator influenciador do uso da mutação constitucional. Buscou-se averiguar, a partir da análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, a ocorrência de mutação pelo Supremo Tribunal Federal, que autorizou, liminarmente, a execução da prisão penal a partir de decisão de segunda instância, o que deixou claro os riscos do referido instituto para a Constituição Federal de 1988. Por final, concluiu-se que a Corte Suprema, embora em sede de liminar tenha realizado interpretação dissonante com a Constituição, pois extraiu do inciso LVII do artigo 5º da Constituição uma norma incompatível com o texto, no julgamento de mérito fez valer a vontade do constituinte originário.

* Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Advogado. E-mail: lucasmdasilvaadv@gmail.com.

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC/Brasil) com Pesquisa Doutoral na Aix-Marseille Université (AMU/França). Professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor/Brasil). Advogada.

Palavras-chave: Interpretação jurídica. Mutação constitucional. Jurisdição constitucional. Presunção de inocência. Mutação inconstitucional.

Abstract: In this paper, we studied the evolution of the role of the legal interpreter, in the contexts of legal positivism and post-positivism, and the lack of precise limits of the constitutional mutation. Through pure, qualitative and bibliographical research, we demonstrated that the current conception about the role of the interpreter, based on the post-positivist current, is an influential factor of the use of the constitutional mutation. The Statements of Constitutionality 43 and 44, which authorized, at the outset, the execution of the criminal arrest from a decision of the second instance, were analyzed in order to establish that they are examples of unconstitutional mutations and to call attention to the risks of the constitutional mutation for the Brazilian Constitution of 1988 and for popular sovereignty.

Keywords: Legal interpretation. Constitutional mutation. Constitutional jurisdiction. Presumption of innocence. Unconstitutional mutation.

Introdução

Atualmente, no Brasil, percebe-se que as ofensas ao texto constitucional são desferidas por quem tem o papel de proteger a sua eficácia e com apoio em institutos sofisticados, que, revestidos por argumentações cada vez mais engenhosas, acompanhadas de discursos eloquentes, tornam-se progressivamente perigosas à Constituição.

Com frequência, os ultrajes ao texto constitucional têm sido realizados por ministros do Supremo Tribunal Federal, guardiões por excelência da Lei Fundamental. Nesse sentido, tomem-se como exemplos de tais institutos sofisticados, o ativismo judicial e a mutação constitucional. No presente artigo, as atenções voltaram-se apenas a mutação constitucional, no que tange aos problemas de seus limites, relacionada com o desenvolvimento do papel do intérprete jurídico, com base nas correntes positivista e pós-positivista ou

neoconstitucionalista, em decorrência de sua notoriedade nos últimos anos e da necessidade de corte epistemológico na presente pesquisa.

A mutação (in)constitucional é um meio de modificação informal dos dispositivos constitucionais, de tal modo que se altera o sentido e o alcance da norma sem mudar o texto. O objetivo da mutação nada mais é do que adequar a Constituição à realidade fática, com o propósito de manter a efetividade ou a eficácia social daquela. Há vários meios de efetivar-se tal instituto, no entanto, neste artigo, somente se ocupou da interpretação judicial, notadamente, a realizada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de pesquisa bibliográfica, pura e qualitativa.

Sendo assim, o resultado do julgamento das liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (2016) foi estudado, com o objetivo de demonstrar os problemas da falta de limites precisos da mutação constitucional, bem como para enfrentar o seguinte dilema: a realidade fática deve prevalecer sobre a realidade normativa? O programa estabelecido pelo constituinte originário deve ser afastado pela mudança de conceitos morais em determinado momento na sociedade?

À vista disso, percebeu-se que era preciso ressaltar o fato de que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das liminares materializadas nas ações referidas no parágrafo anterior, avocou-se da titularidade do poder constituinte originário, tendo em vista que extraiu do inciso LVII do artigo 5º da Constituição uma norma incompatível com o texto, visto que a Constituição Federal de 1988 fixou como marco temporal a sentença transitada em julgado como momento para o cumprimento da prisão penal. Isso, portanto, representa riscos à força normativa da Constituição e à soberania popular.

Contudo, não obstante ter se atestado que o Supremo atuou arbitrariamente a partir do momento em que autorizou a execução da prisão penal após a segunda instância, comportando-se, dessa forma, como um poder sem limites, no julgamento do mérito das ADCs 43 e

44, em novembro de 2019, prevaleceu a determinação do poder constituinte originário, porém isso não afastou o fato de a Corte Suprema ter, por mais de 3 anos, agido como se não tivesse que prestar homenagens ao texto constitucional, o que é algo preocupante para o Estado Democrático de Direito e por isso enfrentado neste trabalho.

1 A evolução do papel do intérprete: do positivismo jurídico ao pós-positivismo

Na época do desenvolvimento do Estado liberal europeu, no fim do século XVIII e início do século XIX, criou-se um direito hermético, fechado, autossuficiente, de tal sorte que se compreendia que o legislador seria capaz de vislumbrar todas as hipóteses de solução para os conflitos existentes na sociedade. Houve, na época, uma supervalorização da atividade legislativa, num contexto de necessidade de se limitar o poder dos monarcas e estabelecer condições de desenvolvimento do direito de liberdade.

Dessa forma, com base nesse panorama histórico, pode-se afirmar que se vivia a época do positivismo exegético, que tinha pretensões de atribuir ao direito um caráter estabilizador e científico, livre de qualquer influência moral, ética ou política. Todavia o contexto fático pôs em declínio a teoria exegética do positivismo, visto que se criou uma confusão “entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política”¹.

Diante disso, com o propósito de resgatar a corrente positivista, Kelsen, segundo as lições de Lenio Luiz Streck², dá origem ao positivismo

¹ STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, v. 7, n. 2, jul./dez. 2014. p. 32. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043/672>. Acesso em: 19 maio 2018.

² STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010. p. 161.

normativista, que asseverava que o direito para permanecer científico deveria percorrer por um sistema lógico, distante de quaisquer outras questões, seja de natureza moral ou seja de natureza política.

Não obstante isso, o autor austríaco afirmava que a interpretação do direito sempre seria eivada de subjetivismos. Isso porque o referido autor fazia uma distinção entre ciência do direito e práticas jurídicas. No primeiro caso, o cientista do direito deveria desvencilhar-se de qualquer influência moral, ética ou política, ao passo que, no segundo caso, essa obrigação poderia ser ou não seguida pelo operador do direito. A consequência inafastável disso é a discricionariedade que o aplicador do direito possuía no positivismo normativista, vez que era livre para escolher qual solução, dentre as variadas possibilidades existentes na moldura de Kelsen, iria aplicar diante de determinado caso concreto.

O neoconstitucionalismo, por outro lado, é idealizado, no contexto histórico europeu, após a Segunda Guerra Mundial, no qual o legalismo serviu como instrumento de poder para a realização das barbáries oriundas dos regimes nazista e fascista. Devido a isso, percebeu-se que era preciso introduzir ideais morais e éticos na Constituição, com o objetivo de formar uma ordem axiológica que serviria como parâmetro para verificar a validade de determinado sistema jurídico³.

No caso do Brasil, essa viragem teórica ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 devido ao processo de redemocratização que se instaurou após o período ditatorial de 1964⁴, com a positivação de um leque de direitos e de garantias fundamentais.

Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 19 maio 2018.

³ DUARTE; Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006. p. 81.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005. p. 3. Disponível em:

Uma questão importante de ser realçada, na visão neoconstitucionalista, é a concessão de normatividade aos princípios⁵. É preciso advertir, porém, que o positivismo não renegava totalmente o uso dos princípios como instrumentos de solução de casos. Na realidade, os princípios, na corrente positivista, somente eram usados, quando o ordenamento jurídico era lacunoso, ou seja, a partir do momento em que as regras jurídicas não disponibilizavam a resolução de determinado caso⁶.

Nessa perspectiva, os princípios são considerados instâncias morais positivadas nas Constituições, de tal sorte que essa previsão fez com que o direito se reaproximasse da moral e da ética⁷, impondo a necessidade de fazer-se uma leitura moral do direito⁸. É nesse ponto que o papel do intérprete, no positivismo jurídico, confronta-se com a função do intérprete no neoconstitucionalismo.

Isso porque a técnica da subsunção, ante o pensamento neoconstitucionalista, não é suficiente para resolver todos os problemas que surgem diante do intérprete, porque nem sempre as regras jurídicas irão ter a solução para o caso concreto. Desse modo, é preciso valer-se

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 19 maio 2018.

⁵ DUARTE; Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006. p. 82.

⁶ BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. Teoria da norma e interpretação constitucional no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo: uma proposta de concretização constitucional dissociada do panpricipiologismo. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 15, n. 1, jan./jun. 2014. p. 122. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2691/1911>. Acesso em: 21 maio 2018.

⁷ DUARTE; Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006. p. 82.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005. p. 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 19 maio 2018.

de uma outra técnica para auxiliar o intérprete, quando ele usa os princípios para a resolução das lides, qual seja, a ponderação.

A ponderação será empregada no momento em que existir aparente conflito entre princípios no desenlace de determinado caso concreto. Isso porque, em tese, um princípio não pode ser excluído, quando em disputa com outro princípio igualmente possível de ser aplicado a uma lide. Dessa forma, será o intérprete, em razão das peculiaridades do caso, em virtude do sentimento de justiça, que irá escolher qual princípio irá incidir sobre a demanda, criando uma regra de precedência⁹.

Veja-se que, tanto no positivismo normativista, como no neoconstitucionalismo, o intérprete é dotado de discricionariedade, o que faz Lenio Luiz Streck¹⁰ assentar que todos, na verdade, são positivistas. Isso posto, é inegável o protagonismo que o intérprete assume no positivismo normativista e no neoconstitucionalismo, de modo que será, com base na sua percepção de moral, de política e de ética que ele irá decidir os problemas jurídicos que lhe são apresentados.

O problema dos limites à mutação (in)constitucional enquadra-se justamente nesse entendimento dominante dos autores brasileiros no sentido de que não cabe mais ao intérprete revelar o sentido da norma, mas incumbe a ele constituir a norma, dentro dos vários sentidos possíveis¹¹.

⁹ DUARTE; Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006. p. 106.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 25/48, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043/672>. Acesso em: 19 maio 2018.

¹¹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 19, n. 74, jan./mar. 2011. p. 19.

2 Os problemas dos limites da mutação (in)constitucional

Inicialmente, vale ressaltar, o posicionamento de Uadi Lâmega Bulos¹² acerca dos limites da mutação constitucional. Para o referido autor, não haveria como estabelecer limites precisos para o uso da mutação constitucional. Dessa forma, ficaria a cargo do intérprete respeitar ou não a Constituição, no momento em que se utilizasse da mutação para extrair uma nova norma do texto constitucional. Isso posto, fica evidente que os limites para a mutação, na linha de entendimento do autor mencionado, são de cunho subjetivo, psicológico, ou seja, estão em descompasso com uma democracia constitucional, pois não é admissível que um agente do Estado seja o senhor dos seus próprios limites de atuação, na medida em que há um documento supremo estabelecido democraticamente, no caso brasileiro, por exemplo, demarcando as balizas de sua atuação.

Aprofundando o parágrafo anterior e reconhecendo a existência de mutações inconstitucionais, Anna Cândida da Cunha Ferraz¹³ aduz que as formas de controle positivadas para proteger a Constituição não são suficientes para conter os abusos oriundos do uso da mutação constitucional. Ora, não precisaria tecer mais nenhuma linha sobre os riscos que o uso da mutação traz à Constituição e ao regime democrático, uma vez que, se a própria autora referida, que é adepta à utilização do fenômeno ora em estudo, assevera que os atuais mecanismos de proteção ao texto constitucional são insuficientes para controlar as exorbitâncias do intérprete quando realiza a mutação.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar., 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496861/RIL129.pdf?sequence=1#page=25>. Acesso em: 19 maio 2018.

¹³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/eBook%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf. Acesso em: 19 maio 2018.

Continuando a análise sobre os limites da mutação constitucional, saliente-se as fronteiras fixadas por Luís Roberto Barroso¹⁴ e Adriano Sant’Ana Pedra¹⁵. Para o primeiro autor, os marcos que se impõem ao intérprete são os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado e o respeito aos princípios fundamentais que servem de fundamento para o texto constitucional. Por outro lado, para o segundo autor, a fronteira que é posta ao intérprete é a elasticidade do texto, mas essa referindo-se a todo o sistema constitucional.

À vista disso, o problema das balizas assentadas pelos dois autores relaciona-se à concepção de intérprete jurídico decorrente da visão neoconstitucionalista. Isso porque, como já se falou no tópico antecedente, o intérprete, de acordo com a corrente neoconstitucionalista, não descobre mais o sentido guardado no texto, de modo que sua função seria meramente declaratória. Na realidade, ele constrói o sentido, dentre os vários possíveis, ou seja, a sua função agora é constitutiva do direito. Por isso que Luís Roberto Barroso¹⁶ aduziu que o intérprete é coparticipante da criação do direito, visto que esse somente ficaria completo, a partir do momento em que o hermeneuta atribui-se o sentido da norma ante um caso concreto.

Sendo assim, é muito difícil ou quase impossível controlar qual sentido o intérprete irá escolher, quando estiver diante de determinado caso, logo, trata-se de decisão discricionária. Isso ocorre

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 164.

¹⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 19, n. 74, jan./mar. 2011. p. 14.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01 – 42, abr./jun., 2005. p. 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 19 maio 2018.

porque os pensamentos neoconstitucionalista e positivista normativista compreendem o ato de interpretar como um ato de vontade.

Ora, se é ato de vontade, cada intérprete terá a sua e fundamentará sua decisão nos argumentos que bem entender. Até porque, como se disse no tópico anterior, no momento em que o intérprete depara-se com um aparente conflito de princípios, por exemplo, ele é livre para escolher qual princípio irá incidir sobre o caso e é desprendido para usar argumentos morais e éticos para buscar justiça (ou suposta justiça) no caso concreto.

Diante dessas premissas teóricas, é factível afirmar que a mutação é um instrumento de correção moral do direito. Explica-se o porquê. A mutação é compreendida como um processo informal de mudança do texto constitucional, de tal sorte que se extrai uma nova norma sem alterar a redação do texto. E isso ocorre porque é preciso adaptar a Constituição normativa à Constituição realidade, sob pena daquela ser considerada mera folha de papel¹⁷.

Ora, se o intérprete pode atribuir o sentido que quer ao texto constitucional, pois interpretar é um ato de vontade, ele pode muito bem implementar uma mutação aduzindo que a realidade social cambiante impõe a necessidade de mudar a Constituição, pois os valores morais e/ou éticos até então vigentes transformaram-se. E outro intérprete pode dar outro sentido ao mesmo texto, porquanto, na sua compreensão, a sociedade voltou a crer nos valores morais antecedentes. E assim caminhar-se-á para um *eu acho, eu penso*, isto é, um decisionismo em evidente desarmonia com um sistema constitucional estabelecido democraticamente.

Por esses motivos, se houver necessidade de alterar-se a Constituição, em virtude de o texto encontrar-se em descompasso com a realidade, siga-se a forma estabelecida pelo constituinte originário e

¹⁷ LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 30. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao1.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

não se utilize de meios sub-reptícios para mudá-la. A democracia exige transparência e a Constituição exige incondicional respeito de todos da comunidade política, principalmente, daqueles que são os responsáveis por sua proteção.

O Judiciário, dessa forma, não pode transformar-se na última instância de valores de uma sociedade. E, de acordo com os ensinamentos de Konrad Hesse¹⁸, são em tempos de crise, que o respeito a Constituição é testado, que sua força normativa é colocada à prova e são nesses momentos que se deve realizar sacrifícios em prol do texto constitucional, tendo em vista todas as lutas, esforços e custos materializados em seu bojo.

3 As Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44 como exemplos de mutações inconstitucionais

O Supremo Tribunal Federal nas ADCS 43 e 44, em sede de medida cautelar, ratificou o entendimento sufragado no *Habeas Corpus* n. 126.292 de relatoria do Ministro Teori Zavascki, qual seja: a possibilidade de iniciar-se a execução da pena após decisão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, mesmo que haja a possibilidade de interposição de recursos especial ou extraordinário.

Isso posto, é preciso sumariar os principais argumentos usados pela Corte para justificar tal entendimento: a) O sistema penal brasileiro tem sido questionado internacionalmente, em virtude da ineficiência da persecução penal; b) nenhum país civilizado aguarda o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para dar início a execução da pena; c) os recursos especial e extraordinário não se prestam a resolver casos concretos e sim uniformizar o direito (direito subjetivo), bem como não gozam, em regra, de efeito suspensivo; d) aguardar o trânsito

¹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1998. p. 25.

em julgado da sentença penal significa incentivar a interposição de recursos procrastinatórios e aumenta a seletividade, bem como atrai um descrédito ao sistema de justiça; e) a execução da pena a partir da decisão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal é exigência de proteção da ordem pública; f) o inciso LVII do artigo 5º da Constituição não se refere à prisão, mas a culpabilidade; quem se refere à prisão é o inciso LXI do artigo 5º da Lei Fundamental; g) a realidade fática exigiu uma mutação constitucional.

No que toca à premissa de que o sistema penal brasileiro é alvo de críticas internacionais, tendo em vista a ineficiência da persecução penal, não se discorda quanto à assertiva, mas isso não significa que ela seja idônea a sustentar a possibilidade de execução da pena a partir de decisão de segundo grau, conseqüentemente, permitindo a mutilação da garantia constitucional da presunção de inocência.

Isso porque, até o presente momento, vigoram no texto constitucional de 1988 os artigos 2º e 1º, parágrafo único, que dizem, respectivamente: são poderes do Estado o legislativo, o executivo e o judiciário; todo o poder emana do povo que o exerce de forma direta, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, e de maneira indireta, mediante representação.

Desse modo, se a jurisdição penal encontra-se em crise por variados motivos, cabe, privativamente, ao legislador, respeitadas as cláusulas pétreas, criar mecanismos legais, no âmbito do direito processual penal, aptos a dar celeridade ao sistema de justiça criminal, com base no inciso I do artigo 22 da Constituição Federal.

Ora, não incumbe a nenhum juiz e, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal, em razão de ser guardião da Lei Maior, arvorar-se da competência legislativa típica, fundado em argumentos sociais, políticos, morais despidos de qualquer amparo constitucional, para querer fazer (in)justiça ao arrepio da Constituição Federal de 1988. Se há injustiças no sistema penal, e há, de fato, toca ao povo, vez que detentor da soberania, exigir mudanças efetivas de seus representantes.

Os argumentos usados para rebater o fundamento do parágrafo anterior servem para afastar, em parte, a alegação segundo a qual o entendimento de que apenas se pode executar a pena, quando do trânsito em julgado da sentença penal, incentiva a interposição de recursos procrastinatórios, no entanto subsistindo a tese de que tal ideia criou uma seletividade no sistema de justiça e atribuiu um descrédito ao Poder Judiciário.

Não obstante o Supremo afirmar, várias vezes, no acórdão ora combatido, de que não se trata de condenar o réu abastado pelo simples fato de sua condição financeira, na realidade, impõe sim uma sanção em razão da riqueza do denunciado. Na verdade, é irrelevante o fato do acusado ter mais recursos materiais para pagar bons advogados para atuarem em sua defesa, interpondo o número necessário de recursos com o fim de atender seus interesses. Assim, réu desprovido de condições financeiras e réu abastado devem gozar sempre do mesmo tratamento.

Tal ideia – criação de seletividade no sistema de justiça criminal - é de cunho moral incapaz de retirar a clareza do disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O que se pretendeu, no presente caso, foi fazer-se uma leitura moral do direito, o que é algo inaceitável, pois esse – direito – goza de autonomia científica.

Ainda, ilidindo o argumento acima, quanto ao descrédito do Poder Judiciário, veja-se a que ponto o Supremo chegou: subversão da ordem constitucional com o propósito de proteger a credibilidade do sistema de justiça criminal. Em outros termos, aniquilamento da garantia constitucional da presunção de inocência em nome da credibilidade do Judiciário.

As razões explanadas, nesse momento, também, servirão para a alegação de que a execução provisória da pena é exigência de ordem pública. Só pode-se prender, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com base na garantia da ordem pública, caso haja indícios concretos de continuidade delitiva por parte do réu.

Dessa forma, somente é autorizada a segregação cautelar, se estiverem presentes o *fumus comissi delicti* (materialidade do crime e indícios de autoria) e o *periculum libertatis* (perigo na liberdade), bem como elementos que atestem que o denunciado pode reiterar na prática de crimes¹⁹.

Assim, a mera prolação de decreto condenatório oriundo de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal não é apto a permitir a execução provisória da pena, pois não atende ao pressuposto da garantia da ordem pública esculpido na cabeça do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ainda, tampouco, a credibilidade das instituições, notadamente, do Poder Judiciário autoriza a segregação cautelar ou a execução antecipada da pena, vez que a prisão processual tem apenas fim instrumental e não punitivo. A Constituição Federal de 1988 impõe um bloqueio intransponível quanto à execução provisória da prisão penal.

No atinente ao pretexto de que nenhum país civilizado aguarda o trânsito em julgado da sentença penal para dar início a execução da pena, é imperioso chamar atenção para o fato de que apenas se deve comparar institutos jurídicos, quando esses gozam de tratamento semelhante no ordenamento constitucional de cada Estado, pois, caso recebam regulações diversas, é necessário se fazer ressalvas.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, quando se utilizou de tal argumento, deu a entender que os países citados (Alemanha, Estados Unidos, França etc.) despendem o mesmo tratamento ao instituto da presunção de inocência que o Brasil. Mas isso não é verdade, haja vista que a Alemanha, os Estados Unidos e a França nem preveem expressamente o princípio da presunção de inocência, como o faz o Brasil. Como tratar sistemáticas diferentes de maneira igual? Não

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 937.

há como. Portanto, a comparação com outros países é inidônea para se autorizar a prisão penal antes do trânsito em julgado.

Em relação ao fato dos recursos especial e extraordinário não servirem para atender interesses subjetivos e sim para uniformizar a aplicação do direito objetivo, bem como esses não serem dotados de efeito suspensivo, de igual maneira, não são capazes de afastar o mandamento constitucional do inciso LVII do artigo 5º.

Primeiramente, será que os recursos especial e extraordinário, somente, servem para resolver as questões atinentes ao direito objetivo? A resposta é negativa e justificar-se-á com base em dois exemplos. Imagine que um recorrente, insatisfeito com o acórdão que manteve o valor da indenização a ser paga ao recorrido, interponha recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de reduzir o montante da indenização.

Nessa perspectiva, a Corte Federal entende que o total da indenização, de fato, está alto e, em virtude disso, dá provimento ao recurso especial. Além disso, estabelece que para casos semelhantes ao do recorrente o valor da indenização será x . Ora, além de solucionar uma questão de direito objetivo (uniformização de valor da indenização para determinado caso), o Superior Tribunal de Justiça atendeu a um interesse subjetivo, qual seja, redução do montante da indenização.

Agora, suponha que um recorrente, descontente com a interpretação dada a uma cláusula de um contrato de adesão pelo juízo de primeiro grau e pelo juízo de segundo grau, e, ademais, insatisfeito com os entendimentos diferentes delineados sobre tal cláusula nos tribunais estaduais, interponha recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça para que este implemente a interpretação que seja mais favorável ao seu interesse e uniformize de uma vez por todas a compreensão sobre o conteúdo da cláusula objeto do recurso.

Desse modo, sendo provido tal recurso, o Superior Tribunal de Justiça terá atendido, tanto o interesse subjetivo do recorrente, como o interesse do direito objetivo.

Esses exemplos demonstram que não dá para compreender os recursos especial e extraordinário como instrumentos voltados apenas para homogeneizar o direito objetivo, uma vez que as pretensões subjetivas entrelaçam-se com aquele (direito objetivo) e, muitas vezes, a prestação jurisdicional serve para ambas as questões.

Finalizando as razões para frustrar a alegação nos parágrafos acima, o fato dos recursos especial e extraordinário não terem efeito suspensivo não corrobora com a ideia de ser permitida a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Isso porque o artigo 283 do Código de Processo Penal, objeto das ADCS 43 e 44, não deve ser interpretado em cotejo com os artigos 995 e 1029, § 5º do Código de Processo Civil, pois, nesse caso, interpreta-se a norma do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988 e não à luz do Código de Processo Civil, sob pena de perverter a lógica do sistema do ordenamento jurídico.

Ora, em regra, os recursos para as instâncias extraordinárias não são dotados de efeito suspensivo, conquanto, no processo penal, tal regra não se aplica, em decorrência direta do que dispõe o inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, que somente permite se considerar alguém culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que Renato Brasileiro de Lima²⁰ assenta: “[...] os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84 (Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (artigo 5º, LVII), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.”

Se a própria Lei de Execução Penal, que, pelo próprio nome deixa transparecer, regula a execução do decreto condenatório, exige o trânsito em julgado e, em decorrência disso, afasta à aplicação do artigo

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 47.

637 do Código de Processo Penal, como pode o Supremo Tribunal Federal, que não é legislador – apesar da obviedade da afirmação, é preciso sempre ressaltá-la em tempos de ataques ao texto constitucional – se sub-rogar no papel daquele, impondo interpretações em descompasso com a Constituição?

O próximo fundamento a ser combatido, talvez, seja o mais engenhoso de todos, qual seja, o de que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição não se refere à prisão, mas sim à culpabilidade, pois a norma relativa àquela é o inciso LXI do artigo 5º. Assim, a execução da prisão estaria autorizada, caso houvesse decisão judicial motivada e essa motivação estaria materializada no acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal. Isto é, o Supremo operou uma cisão que provocou um complicado paradoxo: como prender o acusado sem a comprovação da culpabilidade?

Diante dessa situação, é necessário relembrar que culpabilidade constitui elemento do conceito de crime e significa o juízo de reprovabilidade imposto pelo Estado em face da conduta criminosa perpetrada pelo agente²¹. É dizer, apenas se pode impor qualquer tipo de sanção em relação ao réu, caso se comprove que ele não tinha consciência da ilicitude, não podia agir de modo diverso, era imputável ao tempo do crime, entre outros aspectos. E em qual momento se tem certeza da culpabilidade do agente? No momento do trânsito em julgado, em razão de expressa disposição constitucional. A culpabilidade é um conceito normativo e não de fato²².

Portanto, essa cisão empregada pela Corte Suprema somente subsiste na derrocada do atual sistema constitucional, pois esse, nos termos que está estabelecido, não possibilita essa divisão entre

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 107.

²² LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São Paulo: [s.n.], 2016. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697973/mod_resource/content/0/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_conceito.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

culpabilidade e prisão penal. Assim, essa – prisão penal - só poderá ser decretada quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, uma vez que a culpabilidade restará comprovada.

Após a refutação dos principais argumentos expostos nas ADCS 43 e 44 que permitiram a execução provisória da pena a partir de decisão de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, e, como se disse linhas atrás, todos eles objetivavam sustentar a ocorrência de uma mutação constitucional do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que, na realidade, o que ocorreu foi uma mutação inconstitucional, pois o texto do inciso LVII impõe uma barreira intransponível ao intérprete, qual seja, o trânsito em julgado.

Então, da interpretação desse dispositivo não é possível a extração de norma que determine a prisão penal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O texto fixa limites. Nem a elasticidade do texto – e aqui considerada como todo o ordenamento jurídico – autoriza a interpretação implementada pelo STF, vez que o marco do trânsito em julgado foi um desejo do constituinte, é um projeto normativo sustentado no estado de inocência do acusado.

Considerações finais

Com base em tudo que foi delineado, e sem a pretensão de esgotar o assunto, ficou claro que a mudança do papel do intérprete jurídico, em razão do surgimento da corrente pós-positivista ou neoconstitucionalista, influencia o uso da mutação constitucional, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, em decorrência da concepção de que o ato de interpretar é um ato de vontade, e, ainda, em virtude de não se ter limites precisos para a utilização da mutação constitucional, irá ficar a cargo do julgador decidir se houve ou não determinada mudança nos valores sociais, políticos ou culturais em determinada sociedade. Em outros

termos, será o juiz que irá decidir se mudará ou não a Constituição no intuito de adaptá-la ao mundo dos fatos (mutação constitucional).

À vista disso, essa problemática ficou demonstrada, quando da análise cautelar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais o Supremo Tribunal Federal implementou uma mutação inconstitucional, haja vista que se extraiu do inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988 uma norma incompatível com o texto e, de igual forma, inconciliável com o ordenamento jurídico, pois mostrou-se que a vontade do constituinte originário foi estabelecer como marco temporal para a decretação da prisão penal, bem como para a restrição de outros direitos, o trânsito em julgado da sentença.

Há de se ressaltar que, em novembro de 2019, em julgamento definitivo das Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54 (esta última ajuizada apenas em 18 de abril de 2018, tendo como demandante o Partido Comunista do Brasil) houve, mais uma vez, a alteração do entendimento da Corte Maior sobre o tema, que voltou a interpretar no sentido indicado neste artigo (e conforme a Constituição), fazendo cair por terra a liminar: é, portanto, necessário aguardar o trânsito em julgado para o início da execução da pena.

Assim, concluído o julgamento, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 foram julgadas procedentes, havendo votado a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Já os Ministros Alexandre de Moraes²³, Edson Fachin²⁴, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia ficaram vencidos.

Não obstante o resultado final do julgamento, que se coaduna com o exposto neste artigo, não deixa de ser relevante – e igualmente

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

preocupante - a análise da mutação inconstitucional ocorrida durante a vigência do entendimento liminar prolatado em 2016. Durante mais de 3 anos, o que ocorreu, na realidade, no julgamento liminar das ADCS 43 e 44 foi a sobreposição da realidade fática – de fato, marcada pelas injustiças do sistema penal – à realidade normativa. A mutação foi usada pelo Supremo como forma de avocar para si a titularidade do poder constituinte originário, realizando um papel político, em vez de jurídico.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1–42, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 19 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcis/17210.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

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/dcreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496861/RIL129.pdf?sequence=1#page=25>. Acesso em: 19 maio 2018.

BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. Teoria da norma e interpretação constitucional no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo: uma proposta de concretização constitucional dissociada do panpricipiologismo. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 15, n. 01, p. 119-137, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2691/1911>. Acesso em: 21 maio 2018.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Edifio, 2015. Disponível em: http://www.unifio.br/pdfs/eBook%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf. Acesso em: 19 maio 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicaol.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697973/mod_resource/content/0/Parecer Presuncao de Inocencia D o concei.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697973/mod_resource/content/0/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_D_o_concei.pdf). Acesso em: 15 out. 2020.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 15-35, jan./mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei"   uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 15, n. 01, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 19 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 25-48, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1043/672>. Acesso em: 19 maio 2018.

A metamorfose conceitual de serviço na Constituição Balzaquiana: o ISS desde 1988, observado a partir do fenômeno das mutações constitucionais

Conceptual metamorphosis of service in the balzaquian Constitution: ISS since 1988, observed from the phenomenon of constitutional changes

Fernanda Duarte Ferreira Freitas*
Sócrates Costa Oliveira*

Resumo: O labor ora em comento cobre um estudo de análise da evolução dos julgados nos tribunais brasileiros quanto ao conceito de “serviço”. Busca-se a compreensão para garantir uma adequada aplicação deste às demandas judiciais sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). A busca do conceito perante o judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal, justifica-se pela omissão do legislador complementar. Parte-se do entendimento de que uma referida omissão conceitual causa insegurança jurídica aos contribuintes, e deixa-os à mercê das inconstantes interpretações legislativas. Nesse sentido, a metodologia utilizada para tal fim, recorreu à pesquisa bibliográfica em livros e artigos para solucionar o problema sob escólio, qual seja, da análise da mutação constitucional na interpretação do conceito sobre ‘serviços’ para o ISS. Concluiu-se que a mutação constitucional em matéria de Direito Tributário

* Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Pós-graduanda em Direito e Planejamento Tributário. Advogada com atuação no contencioso administrativo e judicial em Direito Tributário. Atualmente é Conselheira do Conselho Consultivo OAB Jovem da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção do Ceará (2019-2021).

* Mestrando em Direito (Universidade Federal do Ceará). Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário na UNIFOR; Graduado em Direito na Universidade de Fortaleza. Intercambista na Universidade de Lisboa – FDUL. Pesquisador integrante do Projeto de Pesquisa Estratégias para a gestão sustentável dos resíduos plásticos nos mares e oceanos: contribuições para um diálogo entre o nacional, o regional e o internacional (Cnpq/UFC). Secretário Geral da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE.

produz insegurança jurídica aos contribuintes, em razão das possíveis mudanças de entendimento ao longo do tempo.

Palavras-chave: Conceito de serviço. ISS. Mutação constitucional. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The work in question covers a study of the evolution of the Brazilian courts' judgments on the concept of 'service', seeking to understand it to ensure an adequate application of this to the lawsuits on the Tax on Services of Any Nature (ISS). The search for the concept before the judiciary, especially in the Federal Supreme Court, is justified by the omission of the complementary legislator. It is based on the understanding that such a conceptual omission causes juridical insecurity to taxpayers and leaves them at the mercy of inconsistent legislative interpretations. In this sense, the methodology used for this purpose resorted to the bibliographical research in books and articles to solve the problem under scolio, that is, the analysis of the constitutional mutation in the interpretation of the concept of 'services' for the ISS. It was concluded that the constitutional mutation in matters of Tax Law produces legal uncertainty to taxpayers, due to possible changes of understanding over time.

Keywords: Concept of servisse. ISS. Constitutional mutation. Federal Court of Justice.

Introdução

A evolução das relações sociais impõe a adaptação das normas às novas realidades, sob pena tornar-se inócua. Notadamente, quando tratam-se das normas constitucionais a necessidade de compatibilidade com a realidade social é amplificada. Assim, a partir do aumento de complexidade das relações sociais, é necessário que sejam feitas releituras das normas jurídicas, em vistas ao cumprimento de sua função social.

Para tanto, existem instrumentos que podem ser utilizados para a alteração indireta das normas constitucionais, dentre eles a mutação constitucional, fenômeno que vêm ganhando força nos últimos anos, principalmente pela inércia do Poder Legislativo, compelindo o Supremo Tribunal Federal (STF) a ser mais ativista em suas decisões.

No tocante à normas de Direito Tributário, as quais devem obedecer ao princípio da legalidade tributaria, o qual indica que a instituição, majoração ou qualquer alteração que implique em malefício ao contribuinte, onerando-o sobremaneira, deve ser realizada mediante lei. Entretanto, existem alguns institutos que não foram delimitados pela Constituição, tampouco pela legislação infraconstitucional, de modo que conceitos abertos acarretam dúvidas ao intérprete.

Em vista disso, cumpre identificar a (im)possibilidade de utilização do controle difuso de constitucionalidade, notadamente o fenômeno das mutações constitucionais, a serem aplicada em matéria tributária, vez que não há qualquer acréscimo ou decréscimo semânticos, apenas alteração na interpretação da norma.

Assim, com o fito de delimitar o tema a ser estudado, optou-se pela análise do conceito de serviço, núcleo do fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), conceito este que não possui definição legal, cabendo ao STF julgar a incidência ou não do imposto sobre determinadas atividades.

Nessas circunstâncias, desponta o interesse pela pesquisa, no intuito de analisar as interpretações do vocábulo “serviço”, para fins de tributação do ISS, em sede de julgamentos de controle difuso, de modo a identificar as evoluções ou involuções das mudanças interpretativas. Assim, buscar-se-á analisar as implicações que o fenômeno da mutação constitucional acarreta no Direito Tributário e na relação Fisco-contribuinte.

A pesquisa foi desenvolvida a partir da utilização de referências teóricas, por meio de leituras e análises de literatura nacional e estrangeira, apoiada em livros, teses, monografias, artigos científicos, legislação pertinente, como Constituição Federal, legislação

ordinária; bem como julgados dos Tribunais pátrios. Outrossim, para a melhor compreensão do tema, foram analisados dois julgados do STF, com repercussão geral reconhecida, sendo estes díspares.

A pesquisa caracteriza-se como pura, pois o objetivo é entender os reflexos da mutação constitucional no Direito Tributário; qualitativa, uma vez que descreve a tendência atual do Supremo Tribunal Federal para delimitar o conceito de serviço, para fins de tributação do ISS; descritiva, pois tem o fito de determinar, explicar e esclarecer o tema já mencionado, com a análise dos fenômenos sociais e jurídicos; e exploratória, com informações atuais sobre as questões apresentadas.

A organização da pesquisa se deu mediante a apresentação de três seções. Na primeira foram abordadas as características principais do ISS, com desenvolvimento de elementos constitucionais e infraconstitucionais que delineiam o imposto. A segunda trata das questões atinentes à mutação constitucional. Por fim, a terceira apresenta matérias levadas ao STF que adentraram ao mérito para a discussão do conceito de serviço. Os autores encerram com suas considerações finais.

Portanto, pode-se inferir que o desenvolvimento da temática tem relevância jurídica e social e a própria segurança jurídica ante o fenômeno da mutação constitucional, que embora não altere expressamente o texto da Constituição, acarreta mudanças diretas na sociedade, principal protagonista dos direitos regulamentados.

1 Dos conceitos em direito tributário: a abstratividade do ISS

A Constituição Federal de 1988 é vanguardista em muitos aspectos; pode-se considerar que uma das diversas razões para tal foi a inserção de matérias nunca antes tratadas, dentre eles a autonomia político-administrativa dos Municípios, bem como a criação do Sistema Tributário Nacional. À vista disso, o constituinte originário apresentou um rol de tributos de competência municipal, de modo a permitir, a

partir da arrecadação, que entes municipais viessem a ser verdadeiramente autônomos.

Assim, o Sistema Tributário Nacional, constante no capítulo I do título VI da CF/88¹, dispõe sobre as normas gerais do Direito Tributário, dentre elas os impostos de competência municipal, quais sejam: ISS; Imposto sobre a Transmissão Onerosa de Bens Imóveis por Ato Inter Vivos (ITBI) e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). Salutar a indicação de que a CF/88 não cria tributos², apenas outorga competência para que os entes políticos legislem em sua esfera territorial, respeitados os ditames estabelecidos na Constituição.

Muitos dos conceitos contemplados na Constituição Federal são abstratos, ou seja, encontram-se dispostos no texto fundante, entretanto não resta claro a extensão de seus efeitos, como por exemplo, o conceito do vocábulo serviço, fato gerador do ISS³. Assim, em vista da abstratividade do fato gerador do ISS e para fomentar uma harmonização no próprio sistema tributário nacional, respeitando-se a forma federativa de Estado⁴, o próprio texto constitucional indica a necessidade de lei própria para regular os seus aspectos gerais. O art.

¹ O Título VI da CF/88 trata da tributação e do orçamento, composto por dois capítulos; o primeiro versa sobre aspectos gerais do sistema tributário nacional e o segundo acerca das finanças públicas. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

² Aqui considerados as cinco espécies tributárias, quais sejam: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições especiais. Importa indicar que, apesar de o presente trabalho tratar exclusivamente do ISS, é imprescindível ter em conta a tecnicidade das nomenclaturas utilizadas.

³ O ISS, previsto no artigo 156, inciso III, indica que os Municípios podem tributar sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

⁴ A CF/88 tem como pedra fundante o Estado Democrático, formado por uma República Federativa, a qual deve ser mantida e protegida, sendo este um dos fundamentos do Brasil é cláusula pétrea, ou seja, não há possibilidade de modificação. É o que diz a redação do artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da CF/88.

156, inciso III, da CF/88⁵ apresenta a necessidade de lei complementar para dispor sobre referido imposto e, somente após a edição desta Lei é que poderiam os Municípios editar suas leis próprias para instituí-lo, desde que observados os critérios gerais estabelecidos.

Nesse diapasão, foi editada a Lei Complementar nº 116 de 2003 (LC 116/2003) que trata sobre aspectos gerais do imposto sobre serviço, tais como: fato gerador; base de cálculo; sujeitos ativo e passivo; alíquotas, dentre outros elementos essenciais para a instituição do imposto, constando ainda uma lista anexa dispositiva com rol de serviços tributáveis. Entretanto, o legislador não apresentou expressamente o conceito de serviço para fins de tributação do ISS, o que permitiu por algum tempo a liberdade de o Poder Legislativo Municipal interpretar quais as atividades passíveis de tributação, além dos serviços previstos na lista anexa da referida Lei Complementar. Notadamente, considerando a abrangência e subjetividade que o vocábulo traz consigo, há uma série de discussões, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre o conceito de “serviço”.

Em vista da dinâmica das relações sociais, parte-se da premissa de que o ISS representa uma das maiores parcelas de arrecadação mensal, de modo que resta aos tribunais de superposição pôr fim às discussões acerca da sua incidência ou não incidência sobre determinadas atividades. Deixando de lado, momentaneamente, a apresentação dos conceitos discutidos hodiernamente, buscar-se-á apresentar os critérios gerais do ISS, tratados pela legislação infraconstitucional, para que, conhecendo a sistemática geral do imposto, seja possível iniciar a análise do(s) possível(is) conceito(s) de “serviço”, para fins de tributação do ISS.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

1.1 Dos aspectos gerais do ISS

Como critério doutrinário, será utilizada a teoria da Regra Matriz tributária, defendida pelo professor Paulo de Barros Carvalho⁶, a qual utiliza o Direito como linguagem, ou seja, é feita a análise linguística da norma tributária, observando a sintaxe e semântica. Para o doutrinador, a partir da análise linguística, é possível identificar os elementos essenciais da norma tributária e assim descrever o comportamento que subsumir-se-á à norma. A partir da regra matriz é possível a identificação de cinco critérios, os quais serão analisados sucessivamente, quais sejam: material, espacial, pessoal, temporal e quantitativo.

O critério material, nas lições de Carvalho⁷, restringe o “[...] núcleo do acontecimento a ser promovido à categoria de fato jurídico”, ou seja, para que seja possível a incidência do tributo a um fato social, é necessário e imprescindível a identificação da materialização da conduta humana em uma norma. Assim, para que seja possível a subsunção da ação humana à norma, deve ser identificado, na referida conduta, o núcleo verbal da ação, qual seja, a prestação de serviço.

O critério espacial indica o local de realização do fato gerador; é fundamental para a identificação do ente competente à prática da tributação. Para Carvalho⁸ o critério espacial pode ser diferenciado em três coordenadas: pontual, regional e territorial. No primeiro caso a hipótese de incidência seria realizada em pontos pré-determinados, consumando-se em um local exato e determinado; a segunda coordenada indica que o fato gerador se realiza em uma região

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 386.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 329.

específica, não abrangendo todo o território⁹. Já a coordenada territorial diz respeito à circunscrição territorial daquele ente, seja ele União, Estado ou Município.

Assim, para o ISS, a coordenada adotada é a territorial, vez que incidirá o tributo em todo o território municipal. Vê-se, pois, que o critério espacial se correlaciona ao princípio da territorialidade e, para o ISS, considerar-se-á local do fato gerador o local do estabelecimento do prestador de serviço ou, na falta deste, o domicílio do prestador, ressalvadas as exceções constantes no art. 3º da LC 116/2003¹⁰.

O critério pessoal, tem como escopo a identificação das pessoas envolvidas na relação jurídica tributária, quais sejam: sujeito ativo e sujeito passivo. Logo, considerando ser um tributo de competência municipal, será sujeito ativo a municipalidade em que venha a ocorrer o fato gerador, respeitando, portanto, a circunscrição municipal e observando a existência de legislação própria para a cobrança. Igualmente, o sujeito passivo¹¹ será aquele que prestar a atividade passível de tributação (hipótese de incidência), podendo ser pessoa física ou pessoa jurídica.

⁹ Para melhor elucidar a questão, passível de dúvidas, pode-se indicar que a coordenada regional, do critério espacial, ocorre em pontos delimitados, de modo que não atinge todos os contribuintes daquela região. Como exemplo pode ser indicada a contribuição de melhoria, tributo que tem como fato gerador a valorização de imóveis particulares a partir da realização de obra pública. Nesse caso, só serão atingidos aqueles que tiveram valorização imobiliária decorrente da realização de obra pública.

¹⁰ Referido dispositivo legal indica que o serviço considerar-se-á prestado no estabelecimento do prestador ou, na falta desse, no domicílio do prestador de serviços. O artigo apresenta ainda um rol de atividades que, excepcionalmente, não obedecem à regra geral, sendo a tributação cobrada no local de prestação de serviço. BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

¹¹ Não é aplicável ao conceito de prestador de serviço o empregado, conforme disposto no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como o trabalhador avulso que presta serviço através de um sindicato, nesse caso também não haverá de ser considerado contribuinte do ISS.

É importante ainda determinar o momento em que o fato gerador é praticado, isso para identificar o momento de exigibilidade da obrigação tributária, bem como definir a contagem dos prazos de prescrição e decadência, além de determinar qual deverá ser a regra aplicada. O critério temporal, para o ISS, somente é considerado no momento em que o sujeito passivo realiza o fato gerador, de modo que não há como considerá-lo realizado no momento da formulação do negócio jurídico.

Outrossim, igualmente importante, é o critério quantitativo, o qual determinará o *quantum* a pagar, devendo ser composto por critérios mensuráveis, passíveis de liquidez. Para Paulo de Barros Carvalho¹², o critério quantitativo deve conter informações suficientes para que o intérprete retire da norma a abstratividade e quantifique o fato praticado, atribuindo a este um valor monetário.

Os elementos constituintes do critério quantitativo como função principal dimensionar o critério material, tendo como elementos a base de cálculo e a alíquota. O primeiro elemento consiste em uma grandeza que serve para dimensionar o fato gerador praticado, materializando-o. Para Aires Barreto, a base de cálculo é o elemento que permite quantificar a descrição legal em uma grandeza financeira para medir um “fato tributário”¹³; no cálculo do ISS, a base de cálculo é considerada como sendo o valor do serviço. A alíquota é o fator multiplicador, ou seja, é o percentual que será aplicado para a definição do valor a ser pago, a faixa aplicada varia de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento).

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396.

¹³ BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 362.

1.2 Do conceito de serviço para fins de incidência do ISS e a problemática hermenêutica

Assunto anteriormente abordado, a CF/88 apenas outorgou competência tributária para a posterior instituição de tributos pelos entes federativos. Dessarte, não é função da Constituição a conceituação, ficando a cargo da lei complementar a definição de conceitos. O Código Tributário Nacional (CTN), lei materialmente complementar, não define o conceito de serviço para fins de tributação do ISS, tampouco a LC nº. 116/2003.

Assim, a doutrina passou a articular possíveis conceitos para o vocábulo “serviço”, para fins de tributação do ISS. O conceito dominante aponta que prestação de serviço é necessariamente, uma atividade humana, considerando-a como núcleo do fato gerador do Imposto¹⁴. Deste modo, nele deve ser compreendido um negócio jurídico firmado, em observância aos postulados do direito privado.

A ausência de um conceito preciso para o termo “serviço” não restringe a incidência do imposto, uma vez que a LC nº. 116/2003 traz em seu corpo textual uma lista com inúmeros serviços passíveis de tributação. Ocorre que a ausência de delimitação ao conceito, totalmente abstrato, traz uma série de complicações à relação fisco-contribuinte, haja vista a subjetividade que carrega a palavra “serviço”.

Outrossim, a inexistência de uma delimitação para o núcleo do tipo, promove insegurança jurídica à relação, isso porque os municípios devem respeitar os limites postos na Lei Complementar, mas esta apresenta termos de veras abrangentes como “congêneres”¹⁵. Assim

¹⁴ Importa indicar que há entendimento contrário a esse, o qual considera que o núcleo do fato gerador estaria ligado a um sentido econômico apenas, o qual seria mais abrangente; assim, qualquer relação comercial de troca de bens incorpóreos – relações estas que não configurem fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS).

¹⁵ A lista anexa à LC 116/2003 traz um rol de serviços passíveis de tributação, conforme fartamente exposto. Entretanto, diversos itens indicam que determinada

sendo, a subjetividade de diversos itens enseja dúvidas acerca do limite de tributação, levando a debates sobre uma possível taxatividade nos itens da lista anexa.

Considerar uma interpretação taxativa da lista anexa, faz supor que, apesar de não haver uma definição do termo “serviço”, a lei complementar limitaria os serviços tributáveis. Tais questionamentos, ainda muito debatidos pela doutrina especializada, foram levados aos tribunais de superposição, restando definido que os itens devem ser entendidos de forma taxativa e os subitens apenas explicativos. Entretanto, a contenda permanece, haja vista diversos itens da lista anexa trazem o termo impreciso “congêneres”.

Deste modo, considerando não haver qualquer definição acerca do conceito utilizado pela CF/88, CTN ou LC nº. 116/2003, o entendimento majoritário é pela utilização do conceito cível, distinguindo como toda obrigação de fazer, sendo consideradas as obrigações de dar como fato gerador do ICMS. Entender-se-ia, pois, que a principal característica do ISS seria o caráter subjetivo, sendo, portanto, indispensável o envolvimento humano, ainda que resulte em obrigação de dar bem corpóreo¹⁶. Assim, consoante indicado, o conceito cível é deveras adotado e tem respaldo a partir do disposto no artigo 110 do CTN¹⁷, ao indicar que a lei tributária não pode alterar conceitos, expressos ou implícitos, do Direito Privado e/ou constitucional para “definir ou limitar competências tributárias”.

atividade e seus congêneres podem ser tributados, como o exemplo a seguir: “1 – Serviços de informática e congêneres”.

¹⁶ Dessa forma votou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, no RE 651703/PR, o qual será melhor apresentado a frente, assinalando que é indispensável à configuração do fato gerador do ISS o elemento humano e, quando não houver tal característica seria impróprio o enquadramento em prestação de serviço, sendo inaplicável a tributação do ISS.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

Não obstante a interpretação taxativa dos itens da lista anexa e do disposto no artigo 110 do CTN¹⁸, diversos os casos levados ao Poder Judiciário por supostos abusos cometidos pelos Municípios ao instituir a tributação sobre serviço. Dessarte, a ausência de um conceito legal de serviço para fins de tributação de ISS, leva o contribuinte a permanecer em constante insegurança jurídica, superando as vicissitudes a partir de interpretações que o Supremo Tribunal Federal¹⁹ dá a determinadas atividades.

Notadamente, a melhor opção não é a judicialização, pois, além de demandar tempo, potencializa a intromissão do Poder Judiciário na atividade legiferante do Estado²⁰, exercício típico do Poder Legislativo o que, em alguns casos, pode ser considerado ativismo judicial. Desta feita, a modificação de entendimento mantém a insegurança jurídica, pois o contribuinte permanece na incerteza de quais atividades seriam passíveis de tributação.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁹ O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável pela guarda da Constituição Federal; o Tribunal é composto por onze Ministros, observadas as regras dispostas no próprio texto constitucional, os quais são indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal. O Tribunal realiza o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Aquele é realizado através de meios indiretos, como a mutação constitucional; já o segundo é realizado através de ações próprias que servem para a discussão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

²⁰ De acordo com os dados públicos apresentados pelo STF, dos dezenove temas tratados, os julgamentos sobre matéria tributária representavam, de 1990 a 2014, cerca de 11% (onze por cento) dos casos julgados (em números, cerca de 1.539.732 (um milhão quinhentos e trinta e nove mil setecentos e trinta e dois)). Em 2017 os processos ativos representavam cerca de 102.232 (cento e dois mil duzentos e trinta e dois) processos ativos, equivalente a 9,74% (nove inteiros e setenta e quatro centésimos por cento). Os números são bastante representativos, vez que o universo de matérias discutidas é alto.

2 Mutação constitucional e o sistema tributário

A CF/88, no artigo 150²¹, estabelece princípios a serem observados pelos entes federativos, os quais servem como limites ao Poder de Tributar. Nesse cenário, ressalta-se o princípio da legalidade que impõe a necessidade de lei (em sentido estrito) para a cobrança de tributos. Para tanto, é imprescindível a adoção dos critérios da regra matriz de incidência tributária.

Entretanto, considerando inexistir um conceito legal para o vocábulo “serviço”, diversas são as contendas que chegam aos tribunais de superposição para a discussão de incidência ou não incidência sobre atividades determinadas. Assim, é possível que na atividade judicante do Estado, sobretudo em sede de STF, sucedam alterações na norma constitucional, sem que, para tanto, seu texto seja alterado.

Tais alterações são realizadas por meio do controle difuso de constitucionalidade, no qual podem ser empregadas novas interpretações à norma sem que o texto constitucional seja alterado. Nesse cotejo, surge a necessidade de compreender os institutos responsáveis por tais alterações, especificamente, as mutações constitucionais, sendo oportuno a apresentação de seu conceito.

O fenômeno da mutação constitucional, apesar de ser bastante presente nas decisões do STF, não possui um conceito fechado, e diversas são as definições apresentadas pela doutrina especializada. Entretanto, para fins de metodologia de pesquisa, optou-se pela utilização do conceito adotado por Bulos²², conceito este que muito se aproxima de outros autores.

Assim, pode-se considerar que mutação constitucional se trata de um processo informal de alteração da nova constitucional, com a

²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

atribuição de novos sentidos. Tais alterações podem se dar por meio de interpretação hermenêutica, por construção jurisprudencial ou pela aplicação dos usos e costumes. Trata-se, portanto de uma aproximação do verdadeiro espírito constitucional à realidade social do país.²³

À vista disso, por tratar-se de um processo informal, não há como alterar ou crescer ao texto constitucional, uma vez que para isso é necessário procedimento formal advindo do Congresso Nacional. Entretanto, por ser um fenômeno que altera o sentido da Constituição, deve ser utilizado de forma moderada, observando os princípios constitucionais estabelecidos, sob pena ser considerado um processo de alteração inconstitucional.

2.1 Limites da mutação constitucional

Notadamente, o fenômeno da mutação constitucional tem o escopo de manter viva a aplicabilidade das normas constitucionais a uma sociedade que passa por modificações constantes, sem que, para tanto, seja realizado o processo formal de alteração do texto constitucional, que carece de processo moroso – aqui considerada as constituições rígidas. As mutações constitucionais comportam limites, consoante já indicado. O principal limite posto é a própria constituição vigente, a qual deve acolher as alterações hermenêuticas.

Assim, poder-se-ia considerar o fenômeno da mutação constitucional como uma construção lógica? Em parte, sim, à medida que a finalidade é a aplicação das normas constitucionais, sem que para isso seja delimitado um prazo determinado; dessa forma, a mutação constitucional tem o fito de completar o sentido da constituição.

²³ RODRIGUES, Francisco Lisboa. **Mutação por Construção Constitucional**. 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, 2016, p. 102-114. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

Dessarte, partindo-se do pressuposto de que é papel precípua do STF a guarda da Constituição, os limites da mutação constitucional relacionam-se à sua atividade judicante, razão pela qual cabe ao Tribunal a interpretação da norma constitucional, observados os limites postos no próprio texto. Outrossim, importa indicar que não pode o STF deliberar em desacordo com o texto constitucional exposto, alterações formais devem ser realizadas mediante processo legislativo rígido, por meio de emendas a Constituição.

Entretanto, apesar de não existir limites expressos na legislação brasileira à prática da mutação constitucional, mostrando-se um processo interpretativo subjetivo, não podem ser empreendidas de forma arbitrária, ou seja, quaisquer alterações tendentes a extinguir ou limitar direitos fundamentais e cláusulas pétreas serão consideradas inconstitucionais.

Georges Burdeau aduz que o fenômeno da mutação constitucional seria uma das formas de expressão do poder constituinte, haja vista a sua capacidade de alteração das normas constitucionais de maneira informal para adaptar-se à realidade que determinada sociedade se encontra; seria, pois, o poder constituinte difuso.

As mutações constitucionais não possuem previsão legal, razão pela qual não há rigidez nos limites utilizados, tampouco regras. O que se presume é que a utilização do instituto seja sopesada e que a nova interpretação mantenha o espírito da Constituição e não seja capaz de restringir direitos fundamentais ou ameaçar cláusulas pétreas. Pode-se dizer, portanto, que o limite é a normatividade da Constituição, não sendo possível que o intérprete ultrapasse os limites postos pela Constituição, visando garantir a segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

3 Julgamentos do STF

Consoante indicações anteriores, em se tratando do Sistema Tributário Nacional, o constituinte originário omitiu a definição e também delimitação de conceitos, deixando a cargo do legislador

infraconstitucional tal encargo. Entretanto, de acordo com o que fora fartamente apresentado, o legislador complementar (competente para discorrer sobre matéria geral do ISS) não o fez, razão pela qual compete ao Poder Judiciário dirimir as contendas que surgem a partir das omissões legais.

Por essa razão, no curso dos anos, o Tribunal de superposição, responsável pela guarda da Constituição foi requestado a dirimir conflitos que surgem a partir da lacuna legal. Referente ao ISS, a principal discussão gira em torno da delimitação do conceito de serviço, já antes indicado. Deste modo, se faz necessário compreender as causas que motivam as discussões no Tribunal Constitucional e como este posicionou-se acerca dos temas apresentados.

Optou-se pela escolha de dois julgamentos, nos quais foi reconhecida a repercussão geral e levados para julgamento em plenário²⁴. Notadamente que, sabendo-se que o STF já apreciou mais de uma vez demandas que discutiam a incidência ou não de ISS sobre determinada atividade e que, à época, foi discutida a abrangência do conceito de serviço, o assunto não está encerrado.

As contendas, nesta ocasião apresentadas, devem ser consideradas como paradigma, vez que alteram, sobremaneira, o entendimento do Poder Judiciário sobre o conceito de serviço, influenciando todo o sistema jurídico e, inclusive, orientando as discussões da doutrina especializada.

²⁴ É considerado plenário do STF a reunião dos onze Ministros que compõe o Tribunal. No tocante aos recursos que interpostos ao Tribunal, um Ministro é designado para ser o relator do mesmo e, quando a matéria é levada a plenário é votada pelos outros Ministros que podem ou não acompanhar o voto do Ministro Relator. Importa indicar que o presidente da Casa detém o voto de qualidade, instado a manifestar-se quando há empate técnico, conforme Emenda 35 que altera a redação do artigo 13, inciso IX do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Da Súmula Vinculante 31

Durante longo período discutiu-se a constitucionalidade de incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, em razão da ideia de que a CF/88 teria adotado os conceitos postos no direito privado. Por essa razão, diversos foram os casos enfrentados pelo STF sobre a temática, o que resultou na edição da Súmula Vinculante 31²⁵, a qual indica que é inconstitucional a incidência de ISS sobre a locação de bens móveis.

A partir das exposições anteriores, considera-se que o fenômeno da mutação constitucional decorre do controle de constitucionalidade difuso, alterando apenas a interpretação de conceitos trazidos pela CF/88. Neste cotejo, para melhor exemplificar o fenômeno, no tocante ao conceito de serviço empregado para o ISS, exemplificativamente, será apresentado um dos julgados recorrentes que resultaram na edição da súmula vinculante 31.

3.1.1 Recurso especial n. 116121/SP

A discussão teve origem no Município de Santos, no Estado de São Paulo, e tinha como objeto a atividade de uma empresa de locação de guindastes. O cerne da contenda tinha como objetivo a declaração de inconstitucionalidade do item 52, da Lei Municipal de São Paulo, nº 3750/71, que previa a incidência ISS sobre a locação de bens móveis.

No *decisum*, é indicado pelos Ministros que a interpretação da norma deve ser realizada de forma teleológica e, portanto, ficou entendido que o constituinte originário teria adotado os critérios estabelecidos pelo direito privado. Portanto, no tocante ao ISS, os

²⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 31. É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. *In*: OLIVEIRA, Aristeu de. **Consolidação das leis do trabalho anotada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 857.

serviços passíveis de tributação seriam aqueles que consistissem em obrigação de fazer, nele constantes aqueles em que há um esforço humano dirigido a produção de um bem imaterial; daí a razão pelo julgamento da inconstitucionalidade de incidência do ISS sobre locação de bens móveis.

3.2 Recurso Extraordinário nº 651703/PR

O recurso extraordinário interposto no STF, tinha como cerne discutir a constitucionalidade da tributação do ISS sobre as atividades realizada pelas operadoras de planos privados de saúde, levada a Plenário. Na oportunidade, nove dos onze Ministros estiveram presentes para a votação.

O Relator do RE nº 651703/PR foi o Ministro Luiz Fux, com voto seguido pela maioria, sendo apenas o Ministro Marco Aurélio divergente da tese exposta. Para Marco Aurélio, os institutos do direito privado devem ser observados, razão pela qual a atividade securitária não se enquadraria na tributação do ISS, pois a atividade desenvolvida seria considerada como “obrigação de dar” e não encaixar-se-ia, pois, no conceito consolidado pelo próprio STF.

Nada obstante, o voto prevalecente foi o do Ministro Relator, Luiz Fux, que sustentou que os conceitos tributários não são unívocos, o que significa que não é possível a redução da, por ele chamada, “Constituição Tributária” a conceitos fixados pelo Direito Civil. Para o Ministro Relator, pois, o conceito de serviço, para fins de tributação do ISS, não limitar-se-ia ao conceito civilista e, portanto, seria mais abrangente, o que resultou na fixação da tese de que as operados de planos de saúde “[...] e de seguro saúde realizam prestação de serviço sujeito ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza previsto no artigo 156, inciso III da Constituição Federal”, devendo incidir sobre as comissões repassadas aos prestadores de serviço, no caso concreto os médicos.

Assim, a partir do mais recente julgado do STF, é possível observar a tendência de estabelecer novos critérios para a interpretação do conceito de serviço para tributação do ISS. Semelhante a este foi o julgamento do RE nº 547.245/SC²⁶, apontando, portanto, que a interpretação do conceito do vocábulo serviço utilizado no texto constitucional teria um significado amplo, de modo que não seria possível sua vinculação exclusiva a obrigação de fazer. Portanto, observa-se uma tendência de desvinculação dos institutos clássicos do Direito Civil, de modo a aplicar um conceito econômico da atividade.

Considerações finais

Diante do exposto, pode-se observar que o desenvolvimento paulatino das atividades econômicas e de mercado possibilita a evolução constante da sociedade, de modo que novas relações vão se estabelecendo, surgindo a necessidade de uma readaptação do Direito. No mesmo contexto, sobrevêm para o Estado a necessidade de arrecadação a partir das novas relações econômicas e abre-se para o Fisco a necessidade de intervenção.

Como forma de colaborar com esta finalidade, editou-se a LC nº. 157/2016, que altera a LC nº. 116/2003, acrescentando à lista anexa novas atividades para a incidência do ISS. Desta feita, este fato normativo suscitou a necessidade de análise da constitucionalidade da incidência, haja vista inexistir definição do conceito de serviço na CF/88, tampouco na legislação específica.

Ante à ausência de um conceito firmado de serviço na CF/88 e nas normas infraconstitucionais torna-se contínua a necessidade de compreensão do termo para a apuração dos fatos geradores e incidência tributária, sendo essencial sua definição. No Brasil a tentativa de firmar uma conceituação está a ocorrer através dos tribunais de superposição,

²⁶ O RE nº 547.245/SC tratou da incidência de ISS sobre as operações de *leasing* financeiro e *leaseback*.

que por meio dos seus julgados estão a definir a extensão do referido vocábulo, fato que ocasionou mudanças no seu conceito a cada posicionamento, através da mutação constitucional.

Em razão da omissão legal do conceito de serviço, que cada vez mais se amplia, por meio da mutação constitucional, aumenta-se também as dúvidas quanto aos limites dessa ampliação. A indefinição do conceito de serviço e a ausência clara de limites da mutação constitucional geram insegurança jurídica ao contribuinte que não encontra meios claros de conhecer e planejar a sua atividade econômica, uma vez que, ao longo do tempo, enxerga-se uma tendência de ampliação do conceito de serviço do ISS.

Nessa toada, é possível que a ampliação conceitual do termo configure uma violação direta aos direitos fundamentais do contribuinte, uma mutação constitucional inconstitucional; isso porque a fixação de um conceito abrangente pode gerar insegurança jurídica, o que levaria ao ferimento dos direitos fundamentais do contribuinte. Desta forma poder-se-ia considerar a atual tendência do STF para conceituar serviço como uma involução?

A posição adotada é de que a ampliação do conceito de serviço, tendência atual do Supremo Tribunal, ao considerar apenas os critérios econômicos do termo, poderão acarretar uma série de violações ao contribuinte, o qual permanecerá inseguro acerca da incidência ou não do imposto sobre a atividade que realiza. O problema aumenta quando se infere na possível impossibilidade de realização de planejamento tributário, por exemplo.

Portanto averiguou-se, a partir da literatura pertinente, a possibilidade da ampliação do conceito de serviço, que tornou mais abrangente a incidência de ISS. Compreendeu-se que deve haver observância aos critérios definidores da regra-matriz de incidência tributária, bem como das especificidades da atividade desenvolvida que incorreria nesse fato gerador, em razão da ampliação do conceito de serviço, a fim de evitar danos ao contribuinte.

Portanto, concluiu-se que a sequencial ampliação do conceito de serviço do ISS gera insegurança jurídica ao contribuinte. Compreende-se que toda esta relativização seria fruto de uma mutação constitucional inconstitucional, pois a delimitação havida, a qual utilizava-se dos conceitos adotados pelo Direito Civil transmuta-se a uma conceituação não delimitada, a qual tem como fito analisar apenas a finalidade econômica da atividade desenvolvida, sem que, para tanto, seja possível ao contribuinte identificar o critério elementar para a incidência do tributo, qual seja, o fato gerador.

Referências

BARRETO, Aires F. **ISS na Constituição e na lei**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 547.245/SC**. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2516746>. Acesso em: 17 out. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Mutação por Construção Constitucional. *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, 2016, p. 102-114. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Internacional

Sobre os Direitos da Natureza no Equador e na Bolívia: experiências mais simbólicas do que normativas?

About the Rights of Nature in Ecuador and Bolivia: are those experiences more symbolic than normative?

Aline de Almeida Silva Sousa*

Resumo: Este estudo analisa as experiências de personalização jurídica da Natureza (*Pacha Mama*¹) no Equador e na Bolívia, a partir dos seus marcos constitucionais e infraconstitucionais, que incluíram as cosmovisões indígenas nas suas diferentes concepções de povo, nação, de vida boa e entre outros valores. Entretanto, não podemos deixar de analisar também as violações sistemáticas dos Direitos da Natureza pelos próprios Estados que os institucionalizaram. Isto leva a questionar se os mesmos podem ser considerados apenas como simbólicos, na medida em que há indícios de que o desrespeito sistemático já fosse previsto, inclusive, em razão das dificuldades enfrentadas pelos países em desenvolvimento; ou, se apesar de tudo isso, ainda exercem uma função normativa.

Palavras-chave: Direitos da natureza. Equador. Bolívia. Dimensão simbólica. Dimensão normativa.

Abstract: This study analyzes the experiences of legal personalization of nature (*Pacha Mama*) in Ecuador and Bolivia, from its constitutional and infraconstitutional frameworks, which included the indigenous worldviews in their different conceptions of people, nation, good life and other values. However, we must also analyze the systematic violations of the Rights of Nature by the States that institutionalized them. This raises questions like

* Mestranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Menção em Ciências Jurídico-Filosóficas. Advogada.

¹ Conforme grafia da Constituição da República do Equador 2008.

whether they can be considered only as symbolic, as there is evidence that systematic disregard was intentional, also because of the difficulties faced by developing countries; or if, despite all this, these rights still have a normative function.

Keywords: Rights of nature. Ecuador. Bolivia. Symbolic dimension. Normative dimension.

Introdução

A América Latina, nas últimas décadas, foi marcada por grandes mobilizações políticas, com apelos culturais, em torno de uma transformação civilizatória, e obteve vitórias marcantes, especialmente no Equador e na Bolívia em razão da incorporação jurídico-política das visões de mundo dos grupos ora marginalizados, primordialmente dos povos indígenas, numa abertura para o que conhecemos hoje por *Buen Vivir* e *Vivir Bien*².

Desta feita, este estudo analisa o desenvolvimento destas duas experiências, que incorporaram, respectivamente, em sua Constituição e em lei infraconstitucional, a Natureza, ou melhor, a *Pacha Mama* como sujeito de direitos próprios, que podem ser demandados em juízo, como o de qualquer outra pessoa. Intenta-se, na verdade, ponderar se a personalização da natureza possui alguma normatividade, ou se resta relegada ao âmbito simbólico, na medida em que os interesses político-econômicos, muitas vezes, apresentam barreiras para tais direitos.

Desta feita, num primeiro momento, descreve-se a trajetória político-social do reconhecimento dos Direitos da Natureza na Constituição do Equador³ no ano de 2008, bem como para a criação da

² ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 23.

³ EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador de 2008**. Ciudad Alfaró, Montecristi. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 05 jun. 2018.

Lei da Mãe Terra⁴, no ano de 2012, na Bolívia. Também se discorre sobre o seu desenvolvimento no âmbito local, bem como o alcance internacional, tendo em vista a incorporação destes novos conceitos em plataformas intergovernamentais. Entretanto, atenta-se também para a violação sistemática e reiterada de tais direitos, o que permite discutir se há condições de possibilidade normativa para a sua realização, ou se cumpre apenas uma função estratégico-política, heterônoma aos direitos prescritos.

Para fins deste estudo, fez-se revisão bibliográfica e documental, a fim de coletar informações que pudessem analisadas, através do método hipotético-dedutivo, para o enfrentamento do problema em questão, que é compreender se os direitos da natureza possuem alguma normatividade, ou se exercem uma função primordialmente simbólica.

1 O pioneirismo da Constituição do Equador de 2008: a recepção do *buen vivir* e os Direitos da *Pacha Mama*

Em setembro de 2008 a população equatoriana aprovou a nova Constituição por uma maioria considerável, carregando consigo as promessas de seguir no rumo contrário ao neoliberalismo que, naquelas percepções, acentuava as desigualdades socioeconômicas e a degradação ambiental. Apesar da forte atuação do então presidente Rafael Vicente Correa Delgado, não podemos esquecer que as lideranças indígenas já estavam organizadas em torno de tais demandas, através da *Conferación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* – CONAIE, na qual integram 14 nacionalidades indígenas, que assumem um notável acendimento para enfraquecer e derrubar governos neoliberais. Ademais, o então presidente eleito da Assembleia

⁴ BOLÍVIA. **Lei nº 300, de 15 de outubro de 2012**. Trata del Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/component/attachments/download/27>. Acesso em: 05 jun. 2018.

Constituinte e Ministro de Minas e Energia, Alberto Acosta, também demonstrou grande preocupação em tornar a assembleia de 2008 a mais inclusiva de toda a história do Equador⁵.

Desta feita, tais mobilizações foram capazes de incorporar na essência da Constituição o *buen vivir*, ou melhor, o *sumak kawsay* em quíchua (*kichwa*) equatoriano, que representa a ideia de uma vida melhor, não melhor que a dos outros, nem nos trilhos da ideia de progresso, mas simplesmente boa. Na verdade, este preceito traz consigo uma resistência à ideia de progresso, numa espécie de pós-desenvolvimentismo, em proveito das demandas sociais para a realização dos seus modos de vida⁶. Por esta via, a visão de mundo dos grupos normalmente relegados às periferias abre espaço para a construção de um novo tipo de sociedade, sustentada pela convivência harmoniosa entre as mulheres e homens e as demais formas de vida, a partir da consideração e integração dos diversos valores comunitários⁷.

Trata-se de assumir uma postura sociobiocêntrica, a fim de reconhecer o valor intrínseco da Natureza, *Pacha Mama*, que deixa de ser compreendida como um mero objeto para ser um Sujeito que abarca todas as formas de vida, em suas relações integradas. Nestes termos, as plantas, animais, ecossistemas e paisagens são reconhecidos independentemente de seus fins para a humanidade⁸. Dissolve-se, portanto, a dualidade entre o ser humano e a natureza, na recuperação de uma conexão íntima, podendo

⁵ BECKER, Marc. Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador. **Latin American Perspectives**, v. 38, n. 1, jan. 2011. p. 47. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0094582X10384209>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁶ TORTOSA, José María. Sumak kawsay, suma qamaña, buen vivir. **Aportes Andinos**, n. 28, p. 1/3, 2011. Disponível em: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2789>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁷ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 25.

⁸ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 72.

chegar a assumir um nível de relacionamento simbiótico e holístico⁹. Por esta razão, há um alto nível de sustentabilidade requerido por este projeto¹⁰, e é neste sentido que a Constituição equatoriana de 2008, no artigo 71, que dispõe que: “*la naturaleza o Pacha Mama, [...], tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”¹¹.

Trata-se de reconhecer que as nossas ações possuem relevância não apenas para os direitos do homem, mas para a questão ecológica por si mesma, que não deixa de abrigar a todos nós. Com efeito, mais que um direito ao ambiente equilibrado, convoca-se um direito de viver bem.

2 A Bolívia e o *vivir bien* no desenvolvimento da Lei da Mãe Terra

Mesmo após uma série de ataques de grupos conservadores, como as humilhações racistas em 24 de Mayo no Sucre e os massacres genocidas e etnocidas em El Porvernir em Pando, ambos no ano de 2008, promulgou-se em 2009 a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, que assimilou em seu texto o horizonte do Vivir Bien. A nova constituição representou uma radical mudança em

⁹ GUDYNAS, Eduardo. Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimension ambiental del Buen Vivir. In: **Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?** La Paz: Plural editores, 2011. p. 242. Disponível em: <http://www.plataformabuenvivir.com/wpcontent/uploads/2012/07/GudynasDimensionAmbientalBuenVivir.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

¹⁰ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 122-126.

¹¹ Embora se tenha dado enfoque ao art. 71, há mais dispositivos em seguida que regulamentam os Direitos da Natureza. EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador de 2008**. Ciudad Alfaro, Montecristi. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 05 jun. 2018.

relação às anteriores, na medida em que jamais se admitiu a incorporação dos valores dos povos tidos como periféricos¹².

O *Vivir Bien*, presente na cosmovisão do povo *Aymara* e *Quechua* da Bolívia, compreende todas as formas de vida com igual importância. A expressão *suma qamañatakija, sumanqañaw* significa que, para viver bem, primeiramente, é preciso estar bem. O termo da expressão *suma qamaña, vivir bien*, quer dizer que nada mais é preciso do que viver em harmonia e equilíbrio com os ciclos da Mãe Terra. Por sua vez, as relações entre viventes são percebidas pelas vias da irmandade e complementariedade, não através da competição¹³.

Apesar da íntima relação com a natureza já pressuposta na ideia de *Vivir Bien*, a Constituição boliviana de 2009 é menos radical em comparação com a do Equador, na medida em que prevê o direito ao ambiente equilibrado e saudável para as pessoas individuais e coletivas, incluindo as gerações presentes, futuras e outros seres vivos (artigo 33)¹⁴. Contudo, pelo fato de a Bolívia ser um dos grandes países afetados pelas mudanças climáticas, como nos mostrou o desaparecimento do lago *Poopó* em 2016¹⁵, não é surpreendente que, com o passar dos anos, este país tenha assumido posturas cada vez mais rigorosas em torno da sustentabilidade.

¹² MAMANI, Fernando Huanacuni. **Filosofia, políticas, estratégias y experiencias regionales andinas**. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010. p. 18.

¹³ MAMANI, Fernando Huanacuni. **Filosofia, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010. p. 33-34.

¹⁴ BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. **Constitución Política del Estado de 2009**. Ciudad de El Alto de La Paz. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

¹⁵ CASEY, Nicholas. New York Times. **Climate Change Claims: a Lake, and an Identity**. 2016, p. [s. n.]. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2016/07/07/world/americas/bolivia-climate-change-lake-poopo.html>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Em 2010, iniciou-se as apresentações da *Ley de Derechos de La Madre Tierra*¹⁶, que propõe o reconhecimento dos direitos da Natureza, assim como dos deveres de garantia e respeito pelo Estado e sociedade. Esta lei foi constituída a partir do rascunho preparado pelo *Pacto de Unidad* (organização de povos e nacionalidades indígenas e trabalhadores camponeses), que foi apresentado pelo Presidente Evo Morales, em 2010, nas negociações sobre as mudanças climáticas, em Cancún, México¹⁷. Todavia, a lei viria a ser complementada e sancionada em 2012, resultando na *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, que já traz em seu objeto, a preocupação com o desenvolvimento integral a ser realizado em harmonia e equilíbrio com a natureza, respeitando as suas capacidades de regeneração. Não obstante, esta lei também assegura a incorporação dos saberes locais e conhecimentos tradicionais, conforme os princípios do *Vivir Bien*¹⁸.

3 A performance dos Direitos da Natureza no âmbito legislativo, judicial e operacional

Há uma série de prescrições infraconstitucionais que ajudam a dar continuidade aos projetos do *buen vivir* e *vivir bien*. Por exemplo, o Equador revisou o seu *Código Orgánico Integral Penal* de 2014 para incluir no seu rol as infrações contra a *Pacha Mama* a partir do artigo 245; bem como a previsão de contravenção por maus-tratos de animais,

¹⁶ BOLÍVIA. **Lei nº 300, de 15 de outubro de 2012**. Trata del Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/component/attachments/download/27>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹⁷ BOYD, David R. Bolivia and the Rights of Mother Earth. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature: A legal revolution that could save the world**. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017. p. 5.

¹⁸ BOLÍVIA. **Lei nº 300, de 15 de outubro de 2012**. Trata del Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/component/attachments/download/27>. Acesso em: 05 jun. 2018.

que se encontra nos artigos 249 e 250; os delitos contra a biodiversidade, contra a água (artigo 251) e entre outros¹⁹. Ademais, no *Código Orgánico del Ambiente* de 2017, procurou-se estabelecer mecanismos cada vez mais rigorosos para fortalecer a proteção animal e da natureza, na realização do *buen vivir*.²⁰

Contudo, não é só no âmbito legislativo do Equador que tem ocorrido movimentações. Como naturalmente esperado, houve a abertura para a proposição de ações judiciais. O mais famoso caso é a primeira ação movida para a proteção dos Direitos da Natureza, que envolveu especificamente o Rio *Vilacamba*, localizado na província de Loja no Equador. Os autores foram Elenor Geer Huddle e Richard Fredrick Wheeler, estrangeiros norte-americanos que decidiram viver nos arredores do rio, em uma propriedade que chamaram de *Jardín del Paraíso*. Em 2008, o Governo Provincial de Loja (GPL) foi responsável por poluir o rio, em razão da ampliação da estrada *Vilacamba-Quinara*, feita sem a realização do estudo de impacto ambiental e sem contar com a licença aprovada pela autoridade competente. Após as tentativas de solicitação de inspeção judicial e denúncia, os moradores próximos ao impacto propuseram a ação em defesa dos direitos da natureza, requerendo que o GPL deixasse, imediatamente, de despejar escombros; a restauração do seu curso

¹⁹ EQUADOR. **Código Orgánico Integral Penal, de 10 de febrero de 2014**. Norma el poder punitivo del Estado, tipifica las infracciones penales, establece el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promueve la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas. Quito, Ecuador. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

²⁰ Há referências ao *buen vivir* por todo o código. EQUADOR. **Lei nº 0, de 12 de abril de 2017**. Garantiza el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir o sumak kawsay. Quito, Ecuador. Disponível em: <http://www.competencias.gob.ec/wp-content/uploads/2017/06/05NOR2017-COA.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018.

natural; e, ainda, a retirada dos dejetos de pedras despejadas. Em sede de apelação, deu-se provimento ao recurso, reconhecendo, de fato, que houve violação do artigo 71 da Constituição do Equador (2008). Apesar do julgamento favorável, necessitou-se ingressar com a ação de descumprimento (*acción de incumplimiento*), em 2012, perante a Corte Constitucional²¹.

Já a Bolívia, em sua posição de vulnerabilidade diante do quadro das mudanças climáticas²², tem se tornado uma grande voz da assunção de compromissos em nome dos Direitos da Natureza. Em conformidade com Acordo de Paris (2015), o país elaborou uma contribuição nacional em torno da gestão e cuidado das águas, energia, bosques e agricultura. Uma destas contribuições foi o aumento do uso de energias renováveis de 39% para 79% até 2030. No âmbito do cuidado dos bosques e florestas, pretende-se cessar o desmatamento ilegal até 2020, bem como aumentar as superfícies de áreas com florestas e de reflorestamento para 4.5 milhões de hectares até 2030²³. Ademais, foi criada a *Autoridad Plurinacional de la Madre Tierra*²⁴, para coordenar de maneira mais eficiente as ações contra as mudanças climáticas, incluindo diferentes setores da sociedade civil organizada, bem como entidades territoriais autônomas.

²¹ SUÁREZ, Sofia. **Defendiendo la naturaleza: Retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza** Caso río Vilcabamba. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. p. 3-10. Disponível em: <http://librarv.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²² BOYD, David R. Bolivia and the Rights of Mother Earth. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature: A legal revolution that could save the world**. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017. p. 3-4.

²³ BOLÍVIA. **Contribucion prevista determinada nacionalmente del Estado Plurinacional de Bolivia**, 2015, p. 7/10. Disponível em: <http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/Published%20Documents/Bolivia/1/ESTADO%20PLURINACIONAL%20DE%20BOLIVIA.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²⁴ BOLÍVIA. **Autoridad plurinacional de la Madre Tierra**. 2013. Disponível em: <http://apmt.madretierra.gob.bo/>. Acesso em: 08 jun. 2018.

3.1 O alcance internacional do reconhecimento dos Direitos da Natureza

Desde o início do projeto em comento, considerou-se a possibilidade de uma ação global orientada para a Declaração Universal dos Direitos da Natureza²⁵, por esta razão, a Bolívia, o Equador e outros países, atuam ativamente na sua difusão²⁶, inclusive, através da “Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra” (2010), que desde o seu esboço não deixou de fazer um apelo de adoção pelas Nações Unidas²⁷, que passou a debate-la.

No próprio relatório final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), em 2012, chamado de “O Futuro que Queremos”, reconhece-se que “a expressão “Mãe Terra” é comum em vários países e regiões e que alguns países reconhecem os direitos da natureza no contexto de promoção do desenvolvimento sustentável²⁸” (nº 39). Ademais, neste mesmo dispositivo e no seguinte, atesta-se a importância de se relacionar de forma harmônica, a partir de abordagens holísticas, para restabelecer a saúde do Planeta²⁹. Ademais, a expressão “Mãe Terra” foi impressa no Acordo de Paris (2015), a fim

²⁵ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p.137.

²⁶ BOYD, David R. Global Game Changers. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature**: A legal revolution that could save the world. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017. p. 21.

²⁷ CONFERÊNCIA DE COCHABAMBA. **Universal Declaration of Rights of Mother Earth: From World People’s Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth**. Cochabamba, Bolívia, 22 April, 2010. p. [s.n]. Disponível em: <https://therightsofnature.org/universal-declaration/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

²⁸ NAÇÕES UNIDAS. **O futuro que queremos**. Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20). Rio de Janeiro, 2012. p. 9. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²⁹ NAÇÕES UNIDAS. **O futuro que queremos**. Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20). Rio de Janeiro, 2012. p. 9. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

de clarificar que algumas culturas assim compreendem a natureza e a biodiversidade, na reafirmação da importância de se manter a integridade dos ecossistemas e dos seus ciclos vitais³⁰. Ainda, as Chefas e Chefes de Estado do Grupo dos 77 e a China, em reunião na Bolívia, elaboraram a *Declaración de Santa Cruz – Por un Nuevo Orden Mundial para Vivir Bien* de 2014, que incorporou em vários dispositivos a ideia de viver em harmonia com a Mãe Terra (*Vivir Bien*). Esta reunião representa um fortalecimento no diálogo para a superação das estruturas de dominação colonial³¹.

Atualmente, uma das organizações que lidera a difusão dos Direitos da Natureza é a *Global Alliance for the Rights of Nature*³², composta por vários grupos da sociedade civil organizada e entre outros, no intuito de que estes direitos sejam implementados pelas Nações Unidas, e não só. Esta aliança também contribuiu para a criação do Tribunal Internacional dos Direitos da Natureza, realizado pela primeira vez em Quito – Equador, em 2014, como uma alternativa para solucionar os problemas de inefetividade destes direitos³³.

Ainda, a cosmovisão indígena foi incorporada pelo *Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services – IPBES*³⁴, no seu quadro conceitual, que toma uma abordagem transcultural para o conhecimento científico da

³⁰ UNITED NATIONS. **Paris Agreement**. 2015. p. 2 Disponível em: https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf. Acesso em: 01 jun. 2018.

³¹ GRUPO DE LOS 77. **Declaración de Santa Cruz**. Estado Plurinacional de Bolivia., 14 y 15 de junio de 2014. Disponível em: <http://ibce.org.bo/images/publicaciones/Declaracion-de-Santa-Cruz-G77+China.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

³² GLOBAL ALLIANCE FOR THE RIGHTS OF NATURE. **About Us**. Disponível em: <http://therightsofnature.org/get-to-know-us/>. Acesso em: 26 mar. 2018.

³³ GLOBAL ALLIANCE FOR THE RIGHTS OF NATURE. **What is an International Rights of Nature Tribunal?** Disponível em: <http://therightsofnature.org/rights-of-nature-tribunal/>. Acesso em: 26 mar. 2018.

³⁴ IPBES. **About. What is IPBES?** Disponível em: <https://www.ipbes.net/about>. Acesso em: 03 jun. 2018.

biodiversidade. Neste quadro conceitual, são concebidos os diferentes valores que atribuímos à natureza, os modos de relacionamento com a mesma, as diferentes compreensões acerca da qualidade de vida e entre outras percepções³⁵. Por exemplo, a Natureza pode ser concebida pelo seu valor intrínseco, a partir de uma visão biocêntrica do pensamento ocidental; ou pode recorrer às construções culturais andinas sobre a *Pacha Mama*. Quanto aos benefícios que a natureza oferece, pode-se compreendê-los pelos serviços ecossistêmicos, que tem um viés instrumental ligado ao pensamento ocidental; mas também é possível conceber a ideia de “presentes da natureza”, referente ao modo de relacionamento holístico. Já a noção de boa qualidade de vida também pode ser compreendida tanto através da ideia de viver bem em harmonia com a Mãe Terra, mas também sem abandonar outras instituições e construções típicas do modo de vida ocidental, incluindo as instituições governamentais e o conhecimento científico³⁶.

4 Os Direitos da Natureza como uma construção mais simbólica do que normativa?

Primeiramente, alerta-se, nos termos do pernambucano Marcelo Neves³⁷, que não se pretende desconsiderar a dimensão simbólica do direito, na sua condição de referência ideal, ainda mais quando se fala de direitos constitucionalmente prescritos, que representam uma ponte para

³⁵ IPBES. **Conceptual Framework for the Intergovernmental Science Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services**. Decision IPBES-2/4. Multidisciplinary Expert Panel. 2013. p. [s. n.]. Disponível em: https://www.ipbes.net/sites/default/files/downloads/Decision%20IPBES_2_4.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁶ IPBES. **Preliminary guide regarding diverse conceptualization of multiple values of nature and its benefits, including biodiversity and ecosystem functions and services (deliverable 3 (d))**. 2016. p. 19-24. Disponível em: https://www.ipbes.net/sites/default/files/downloads/IPBES-4-INF-13_EN.pdf. Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 31-32.

os objetivos políticos. A crítica ao simbólico que se refere neste estudo diz respeito à hipertrofia de uma pretensão ideológico-política em detrimento da normatividade do Direito, isto é, quando se produz um texto jurídico com o intuito de realizar, primordialmente, outras estratégias políticas heterônomas ao que o texto prevê.

Desta feita, quando o Estado legislador deseja assumir o papel de protetor de certos valores e fins, mas sem grandes pretensões de obter resultados no âmbito da concretização normativa, estaremos diante de uma legislação simbólica, que pode pretender, primordialmente, três objetivos: 1) a confirmação de valores sociais, a fim de atestar a vitória legislativa de um certo valor, bem como para estimular uma orientação e reprimir as posturas incompatíveis com a mesma; 2) ser álibi, ou seja, produzir a confiança da sociedade no sistema jurídico-político, sem o mínimo de condições de concretização normativa, no intuito de exonerar-se de tais demandas, ao passo que se apresenta como sensível às mesmas, o que pode ser perigoso, pois, quanto mais as normas deixam de ser realizadas, mais descrente a sociedade se torna; 3) tornar-se um compromisso dilatório, a fim de sempre estar transferindo a responsabilidade para um futuro indeterminado³⁸.

Já no âmbito das estratégias de constitucionalização simbólica, estas se diferenciam das estratégias de legislação simbólica na medida em que os seus efeitos podem afetar o sistema jurídico como um todo. Com efeito, o seu primeiro elemento caracterizador em sentido negativo, como já se pode deduzir, é a própria ausência geral de concretização normativa, que não se restringe à questão de eficácia, mas é concebida em nível de vigência social, numa ausência generalizada de orientação para as expectativas normativas constitucionalmente prescritas, implicando numa violação contínua e casuística da constituição pelos próprios órgãos estatais. Em sentido positivo, há uma ativa função política-ideológica, que

³⁸ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 33-41.

não deixa de estar vinculada à função negativa, na medida em que ambas acentuam que não se pretende a concretização do direito em questão, mas sim de objetivos heterogêneos ao mesmo³⁹. Ou seja, nas palavras de Marcelo Neves⁴⁰: “o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas”. Trata-se, deste modo, de uma representação ilusória da realidade que serve para imunizar o sistema político, no sentido de ser uma aparente resposta aos problemas sociais, mas que ao mesmo tempo obstrui o caminho para reais mudanças. Ou melhor dizendo, nos ainda com Marcelo Neves: “ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucional excludente”⁴¹.

Tais estratégias podem conduzir, em casos extremos, à desconfiança pública nas instituições estatais e no sistema político, o que pode ser um tiro pela culatra para os nossos agentes públicos⁴². Ainda, outro efeito esperado pode ser a “apatia das massas e aos cinismos das elites”⁴³, o que implica na abertura para imposição de um padrão autoritário, o que não deixa de convocar indiretamente organizações de movimentos sociais e políticos que vão em defesa de um sistema democrático efetivo⁴⁴. Neste seguimento, François Ost⁴⁵ assevera que o abuso de referências aos direitos poderia acarretar numa desvalorização; assim como o cepticismo em relação à efetividade poderia refletir nos demais direitos fundamentais.

Após estas considerações, o objetivo deste capítulo é verificar se as experiências constitucionais e infraconstitucionais protagonistas

³⁹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 83-90.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 89.

⁴¹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 91.

⁴² NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 90.

⁴³ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 112.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 112.

⁴⁵ OST, François. **A natureza a margem da lei: a ecologia a prova do direito**. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 218.

deste estudo, que reconhecem direitos para a própria natureza, podem ou não ser enquadradas como experiências de constitucionalização/legislação simbólica.

4.1 Sobre as contradições já presentes no âmbito legislativo e as vitórias do desenvolvimentismo na prática

É inegável que há uma série de contradições formais presentes na Constituição Equatoriana e na Lei da Mãe Terra, em razão da clara incompatibilidade entre os direitos da natureza e os dispositivos programáticos desenvolvimentistas de incentivo à indústria, à exploração de petróleo e de minério.

Na Constituição do Equador, por exemplo, apesar de se atestar a proibição de todos os tipos de atividades extrativas nos territórios dos povos de isolamento voluntário, considerando crime de etnocídio a violação destes direitos (artigo 57)⁴⁶, o direito de administrar, regular e controlar os recursos naturais renováveis e a biodiversidade é assegurado ao Estado, na medida em são concebidos como setor estratégico de decisão e controle exclusivo (artigos 313)⁴⁷, o que permite uma certa discricionariedade para flexibilizar a primeira proibição. Não obstante, proíbe-se a atividade extrativa de recursos não renováveis nas áreas protegidas e nas zonas de bens intangíveis, mas excepcionalmente se permite que sejam explorados a pedido do Presidente da República e após a declaração de interesse nacional pela Assembleia Nacional (artigos 407)⁴⁸.

⁴⁶ EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador de 2008**. Ciudad Alfaró, Montecristi. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁴⁷ EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador de 2008**. Ciudad Alfaró, Montecristi. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁴⁸ EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador de 2008**. Ciudad Alfaró, Montecristi. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 05 jun. 2018.

Já a *Ley Marco de la Madre Tierra* dispõe que é dever do Estado promover “*la industrialización de los componentes de la Madre Tierra*”⁴⁹ (artigo 10, nº 6), o que revela um claro interesse desenvolvimentista. Boyd⁵⁰ chega a afirmar que tais contradições são diametralmente opostas aos direitos da natureza e, até agora, tanto na Bolívia como no Equador, a implementação destes direitos tem sido, na melhor das hipóteses, inconsistente, em razão do mínimo de progresso ofuscado por grandes falhas. Contudo, não se pode ignorar que ambos os países se dividem no conflito entre a priorização de medidas progressistas para a redução da pobreza e a proteção da natureza.

Não sem mais, no Equador, aprovou-se em 2009 a *Ley de Minería*⁵¹, a fim de apostar na mineração em larga escala, não só pelo Estado, mas também por empresas de economia mista. Esta lei levantou protestos que foram reprimidos de maneira violenta e na acusação de terrorismo vários ambientalistas e líderes de movimentos indígenas⁵². Ademais, em 2013 o Presidente Rafael Correa oficialmente declarou o fim da iniciativa *Yasuni-ITT* para permitir a exploração de petróleo no território Amazônico. Ele ressaltou que a iniciativa não pedia caridade, mas corresponsabilidade diante do quadro das mudanças climáticas. Contudo, apenas cerca de \$13.3 milhões de dólares dos \$3600 milhões

⁴⁹ BOLÍVIA. **Lei nº 300, de 15 de outubro de 2012**. Trata del Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/component/attachments/download/27>. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁵⁰ BOYD, David R. Bolivia and the Rights of Mother Earth. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature: A legal revolution that could save the world**. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017.

⁵¹ EQUADOR. **Ley nº 45, de 27 de enero de 2009**. Norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Disponível em: <http://www.competencias.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/15.-Lev-de-Mineri%C3%A1.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁵² BOYD, David R. Pachamama and Ecuador’s Pioneering Constitution. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature: A legal revolution that could save the world**. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017.

foram depositados. Diante disto, declarou Correa que o mundo falhou diante do Equador⁵³.

De fato, por um lado, trata-se de um cenário extremamente incompatível com os direitos da natureza e dos povos indígenas. Mas, por outro, Lalander⁵⁴ atesta que estes direitos têm funcionado como uma espécie de camisa de força para os governos nacionais, pois a exploração dos recursos naturais tem sido necessária para as reformas sociais, infraestruturais e para as políticas anti-pobreza. Segundo o pesquisador, é importante não levar tão à risca a perspectiva biocêntrica, mas dar relevo ao aspecto pragmático das relações com a natureza, inclusive porque as regulamentações ao extrativismo estão mais fortes após os marcos jurídicos de ambos os países.

Na realidade boliviana, o curso dos acontecimentos ocorre de maneira similar. Em 2011, o governo lançou um projeto de construir uma estrada que passava através de uma área protegida de territórios indígenas (*TIPINIS/Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Secure*). Por esta razão, em outubro do mesmo ano, milhares de pessoas, incluindo grupos indígenas e outros ativistas marcharam por cerca de dois meses protestando pelo país, vindo a sofrer grande repressão policial⁵⁵. Ainda, em 2015, o presidente Evo Morales promulgou o decreto supremo nº 2366, em 20 de maio de 2015,

⁵³ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. **Cadena Nacional sobre Iniciativa Yasuní ITT**. Equador, 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IFc1topfPqM>. Acesso em: 2 abr. 2018.

⁵⁴ LALANDER, Rickard. Rights of Nature and The Indigenous People in Bolivia and Ecuador: A Straitjacket for Progressive Development Politics. **Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo**, v. 3, n. 2, p. 148-173, 2014. p. 166. Disponível em: <http://ried.unizar.es/index.php/revista/article/viewFile/137/58>. Acesso em: 08 jun. 2018.

⁵⁵ BOYD, David R. Bolivia and the Rights of Mother Earth. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature: A legal revolution that could save the world**. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017. p. 17-18.

permitindo o desenvolvimento da extração de hidrocarbonetos nas áreas protegidas (artigo 2º)⁵⁶.

No que diz respeito ao Tribunal Internacional dos Direitos da Natureza, críticas se manifestam para atestar a falta legitimidade do mesmo por várias razões, na medida em que não foi criado democraticamente; não foi estabelecido por nenhuma lei; e também não há garantias de que o polo passivo da ação venha a possuir defesa. Ademais, muito dos países responsáveis pelas violações aos direitos da natureza nem sequer os reconhecem. Logo, não há reais consequências provenientes destes julgamentos⁵⁷, o que torna possível dizer que se trata de uma medida mais simbólica do que normativa.

Considerações finais

Sabe-se que a implementação dos direitos da natureza não seria nada fácil ou instantânea, e que a atribuição de personalidade jurídica tem um apelo simbólico esperado, no sentido de direcionar as decisões judiciais, bem como de orientar o poder legislativo⁵⁸. Contudo, vimos que os mesmos foram relegados pelos próprios Estados porta-vozes, em proveito das medidas progressistas de desenvolvimento econômico.

É incontornável também mencionar que as atuações desenvolvimentistas já eram previsíveis, haja vista que as contradições legislativas no âmbito constitucional e infraconstitucional estão presentes desde a sua origem. Isto já demonstra a intenção político-ideológica presente desde o nascedouro destas construções, o que, de uma certa maneira, denuncia a estratégia

⁵⁶ BOLÍVIA. **Decreto Supremo nº 2366, de 20 de mayo de 2015**. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bol145342.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2018.

⁵⁷ BOYD, David R. *Global Game Changers*. In: BOYD, David R. **The Rights of Nature: A legal revolution that could save the world**. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017. p. 21.

⁵⁸ OST, François. **A natureza a margem da lei: a ecologia a prova do direito**. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 217.

simbólica, no seu intento de incorporar formalmente os valores sociais das comunidades indígenas, seguindo a estratégia de confirmação dos mesmos, para funcionar como um álibi, bem como para dilatar tais compromissos. Contudo, é importante não esquecer que os efeitos desta estratégia são perversos, pois podem colocar em descrédito as próprias instituições democráticas que as autorizam.

Entretanto, não se pode olvidar que se trata de uma construção jurídica relativamente recente, e que vem tomando um grande espaço no cenário internacional, representando uma considerável alternativa para a percepção meramente instrumental da natureza. Há, de fato, grande movimentação para a inserção da cosmovisão indígena nas medidas intergovernamentais através do quadro conceitual constituído pela IPBES, já comentado. Não se pode negar também que, no âmbito local, houve a criação de leis e decisões judicativas favoráveis, bem como a criação de instituições como a Autoridade Plurinacional da Mãe Terra, sem falar dos grandes compromissos assumidos pela Bolívia neste cenário de mudanças climáticas. Logo, é extremamente equivocado concluir que se tratam de experiências meramente simbólicas.

Mas uma coisa é certa. Não basta que se fique na produção de direitos individuais para cada espécie, de forma incompatível com os outros direitos, através dos quais cada indivíduo terá de ir em defesa do seu, como numa luta de egos, como já disse François Ost⁵⁹. A humanidade, na sua aliança transcultural, precisa constituir em conjunto compromissos coresponsabilizantes diante da natureza, ou *Pacha Mama*, seja porque esta presta serviços ecossistêmicos, seja porque esta tem valor em si mesma, ou porque todos fazem parte dela. No final das contas, talvez importe menos o motivo pelo qual se faça, do que os contributos que cada ação em torno da sustentabilidade venha a produzir.

⁵⁹ OST, François. **A natureza a margem da lei:** a ecologia a prova do direito. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 217-218.

Referências

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**. Uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

BECKER, Marc. Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution in Ecuador. **Latin American Perspectives**, v. 38, n. 1, p. 47/62, jan. 2011. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0094582X10384209>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. **Constitución Política del Estado de 2009**. Ciudad de El Alto de La Paz. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

BOLÍVIA. **Lei nº 300, de 15 de outubro de 2012**. Trata del Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/component/attachments/download/27>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BOLÍVIA. **Autoridad plurinacional de la Madre Tierra**. 2013. Disponível em: <http://apmt.madretierra.gob.bo/>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BOLÍVIA. **Contribucion Prevista Determinada Nacionalmente del Estado Plurinacional de Bolivia**, 2015. p. 1-17, p. 7-10. Disponível em: <http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/Published%20Documents/Bolivia/1/ESTADO%20PLURINACIONAL%20DE%20BOLIVIA.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BOLÍVIA. **Decreto Supremo nº 2366, de 20 de mayo de 2015**. Establece que las áreas protegidas son competencia exclusiva y responsabilidad del nivel central del Estado. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bol145342.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BOYD, David R. Bolivia and the Rights of Mother Earth. *In*: BOYD, David R. **The Rights of Nature**: A legal revolution that could save the world. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017.

BOYD, David R. Global Game Changers. *In*: BOYD, David R. **The Rights of Nature**: A legal revolution that could save the world. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017.

BOYD, David R. Pachamama and Ecuador's Pioneering Constitution. *In*: BOYD, David R. **The Rights of Nature**: A legal revolution that could save the world. Toronto/Ontario: ECW Press, 2017.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. **Cadena Nacional sobre Iniciativa Yasuní ITT**, Ecuador, 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IFc1topfPqM>. Acesso em: 02 abr. 2018.

CASEY, Nicholas. New York Times. **Climate Change Claims**: a Lake, and an Identity. 2016, p. [s. n.]. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2016/07/07/world/americas/bolivia-climate-change-lake-poopo.html>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CONFERÊNCIA DE COCHABAMBA. **Universal Declaration of Rights of Mother Earth: From World People's Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth**. Cochabamba, Bolívia, 22 April, 2010. p. [s. n.]. Disponível em: <https://therightsofnature.org/universal-declaration/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

EQUADOR. [Constituição (2008)]. **Constitución de La República del Ecuador de 2008**. Ciudad Alfaro, Montecristi. Disponível em: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 05 jun. 2018.

EQUADOR. **Ley n° 45, de 27 de enero de 2009**. Norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Disponível em: <http://www.competencias.gob.ec/wpcontent/uploads/2016/02/15.-Ley-de-Mineri%CC%81a.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2018.

EQUADOR. **Código Orgánico Integral Penal, de 10 de febrero de 2014**. Norma el poder punitivo del Estado, tipifica las infracciones penales, establece el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promueve la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas. Quito, Ecuador. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_EC_U_18950_S.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

EQUADOR. **Lei n° 0, de 12 de abril de 2017**. Garantiza el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir o sumak kawsay. Quito, Ecuador. Disponível em: <http://www.competencias.gob.ec/wpcontent/uploads/2017/06/05NOR2017-COA.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018.

GLOBAL ALLIANCE FOR THE RIGHTS OF NATURE. **About Us**. Disponível em: <http://therightsofnature.org/get-to-know-us/>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GLOBAL ALLIANCE FOR THE RIGHTS OF NATURE. **What is an International Rights of Nature Tribunal?** Disponível em: <http://therightsofnature.org/rights-of-nature-tribunal/>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GRUPO DE LOS 77. **Declaración de Santa Cruz**. Estado Plurinacional de Bolivia, 14 y 15 de junio de 2014. Disponível em: <http://ibce.org.bo/images/publicaciones/Declaracion-de-Santa-Cruz-G77+China.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

GUDYNAS, Eduardo. Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimension ambiental del Buen Vivir. *In: Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?* La Paz: Plural editores, 2011. p. 242. Disponível em: <http://www.plataformabuenvivir.com/wpcontent/uploads/2012/07/GudynasDimensionAmbientalBuenVivir.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

IPBES. **About. What is IPBES?** Disponível em: <https://www.ipbes.net/about>. Acesso em: 03 jun. 2018.

IPBES. **Conceptual Framework for the Intergovernmental Science Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services**. Decision IPBES-2/4. Multidisciplinary Expert Panel. 2013. p. [s.n]. Disponível em: https://www.ipbes.net/sites/default/files/downloads/Decision%20IPBES_2_4.pdf. Acesso em: 03 jun. 2018.

IPBES. **Preliminary guide regarding diverse conceptualization of multiple values of nature and its benefits, including biodiversity and ecosystem functions and services (deliverable 3 (d))**. 2016. p. 19/24. Disponível em: https://www.ipbes.net/sites/default/files/downloads/IPBES-4-INF-13_EN.pdf. Acesso em: 03 jun. 2018.

LALANDER, Rickard. Rights of Nature and The Indigenous People in Bolivia and Ecuador: A Straitjacket for Progressive Development Politics. **Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo**. v. 3, n. 2, p. 148-173, 2014. p. 166. Disponível em: <http://ried.unizar.es/index.php/revista/article/viewFile/137/58>. Acesso em: 08 jun. 2018.

MAMANI, Fernando Huanacuni. **Filosofia, políticas, estratégias y experiencias regionales andinas**. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NAÇÕES UNIDAS. **O futuro que queremos**. Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20). Rio de Janeiro, 2012. p. 9. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

OST, François. **A natureza a margem da lei**: a ecologia a prova do direito. Tradução: Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SUÁREZ, Sofía. **Defendiendo la naturaleza**: Retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza Caso río Vilcabamba. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. p. 3-10. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

TORTOSA, José María. Sumak kawsay, suma qamaña, buen vivir. **Aportes Andinos**, n. 28, p. 1/3, 2011. Disponível em: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2789>. Acesso em: 24 mar. 2018.

UNITED NATIONS. **Paris Agreement**. 2015. p. 2 Disponível em: https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf. Acesso em: 01 jun. 2018.

Conflitos existentes no ordenamento jurídico internacional e a aplicabilidade do Direito Humanitário: uma análise do conflito na Síria

Conflicts present in international legal order and the applicability of Humanitarian Law: an analysis of the conflict in Syria

Fabício Veiga Costa*

Letícia Mirelli Faleiro e Silva*

Resumo: No presente artigo será feita uma abordagem panorâmica do instituto jurídico da guerra, apresentando-se as suas ramificações, notadamente, as espécies de conflitos existentes no direito internacional, delineando as diferenças entre cada um deles. Demonstradas as particularidades de cada modelo, será justificada a importância desta distinção para o direito. Em sequência, será analisado o conflito na Síria, tendo-se como ponto de partida a sua origem histórica, o contexto geral do conflito, o qual ao final deste trabalho será tipificado de acordo com as suas peculiaridades. A vertente metodológica adotada: jurídico-teórica; tipo de raciocínio: dedutivo; tipos metodológicos da pesquisa: histórico-jurídico, jurídico-comparativo e jurídico-interpretativo.

Palavras-chave: Guerra. Conflito interno. Conflito internacional. Conflito internacionalizado. Direito humanitário.

Abstract: In this article, a panoramic approach of the legal institute of war will be made, presenting its ramifications, notably, the types of conflicts that exist in international law, outlining the differences between each of them. Once the particularities of each model are shown, the importance of this

* Doutor em Direito. Pós-Doutor em Educação. Professor da pós-graduação e proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

* Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Advogada.

distinction to the law will be justified. Next, the conflict in Syria will be analyzed, beginning by its historical origin, the general context of the conflict, which at the end of this work will be typified according to its peculiarities. The methodological approach adopted: juridical-theoretical; type of reasoning: deductive; methodological types of research: historical-juridical, juridical-comparative and juridical-interpretative.

Keywords: War. Internal conflict. International conflict. Internationally conflict. Humanitarian law.

Introdução

Desde os primórdios da civilização, o homem se via obrigado a lutar para se defender dos perigos, até mesmo como forma de subsistência, porém essa luta tinha caráter pessoal. Diante do desenvolvimento da sociedade surgem os agrupamentos humanos e o viés individual das disputas cede lugar aos conflitos coletivos, ao passo que uma ofensa a determinado membro do grupo, afetava aos demais, o que era reprimido por sua vez, de maneira coletiva¹. Em um novo contexto onde a sociedade assume um papel organizado, as divergências se tornam incômodas, sobretudo pela diferença no modo de pensar de cada indivíduo, o que vem a ser majorado frente aos interesses humanos diversos, padecendo, portanto, de resolução, decorrendo daí disputas, conflitos, o que se apresenta como algo praticamente inevitável.

É assim que, juntamente com o surgimento dos Estados, no século XVI, nascem também as controvérsias, agora de maneira mais estruturada, por assim dizer, sendo que as guerras, as quais eram vistas como algo bastante natural, era o meio mais utilizado para solucionar as

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1188.

controvérsias até o século XX². Neste cenário surge o Direito Internacional, que *a priori* se voltava quase que exclusivamente para as questões relacionadas à guerra, ao passo que somente após as duas grandes guerras mundiais é que a preocupação com a paz passa a se sobrepor a guerra, a qual a partir de então deixa de ser a regra a ser utilizada na solução de uma controvérsia, cedendo lugar aos meios pacíficos.

É então que a guerra passa a ser vista com maus olhos, é reconhecida como sendo um assassinato em massa, como a maior desgraça de nossa cultura, e a principal tarefa política é garantir a paz mundial, uma tarefa que se apresenta muito mais importante do que decidir entre democracia e autocracia, capitalismo e socialismo³. Ainda que se reconheça grande progresso decorrente da utilização da guerra apenas em casos excepcionais, com a conseqüente priorização das soluções pacíficas, onde a paz passa a ser algo desejado pela nação, surgem novos conflitos, os quais assumem uma nova aparência, ao passo que deixam de ser algo exclusivamente internacional, travado entre Estados soberanos, ostentando cunho interno, travado dentro do próprio Estado, por isso batizados como conflitos internos, guerra civil, conflitos internacionalizados ou híbridos.

Com essa roupagem é que há quase sete anos a sociedade tem assistido de perto o conflito na Síria, o qual é considerado pela ONU como a maior crise humanitária do século XXI, iniciando-se no ano de 2011, perdurando até os dias atuais. Não só a sociedade civil, mas principalmente a comunidade internacional tem voltado a sua atenção para esse conflito, sobretudo em decorrência da grave e generalizada violação de direitos humanos dele oriunda, sem contar o número elevado de mortos e deslocados que ocupa o *ranking* mundial. No cenário interno deste país há uma batalha miscigenada, por assim dizer,

² JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 140.

³ KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 22.

travada entre o governo, rebeldes moderados, rebeldes extremistas e os curdos, por motivos diversificados, o que torna mais intrincada a sua resolução. Mesmo sendo um conflito no ceio desse Estado, em razão da sua complexidade, outros Estados e também a ONU procederam a interferências, tanto de maneira passiva, como também ativamente, haja vista que as consequências advindas desta “guerra”, vão para além das fronteiras do mencionado país.

Portanto, o objetivo do presente artigo é examinar em específico, o conflito na Síria, levando-se em consideração as partes nele envolvidas, bem como as intervenções realizadas com a finalidade de reconhecer qual é a sua espécie para o direito e via de consequência averiguar qual a vertente de proteção dos direitos da pessoa humana será aplicada ao caso em concreto. Neste trabalho, adotar-se-á a vertente metodológica jurídico-teórica, uma vez que se destacará aspectos doutrinários e históricos. O tipo de raciocínio utilizado será o dedutivo. Os tipos metodológicos da pesquisa, serão o histórico-jurídico, jurídico-comparativo e jurídico-interpretativo.

1 Contexto histórico da guerra: gênese do conflito internacional

As guerras como sendo o uso da força utilizada para colocar fim a uma disputa eram exercidas há mais de mil anos antes de Cristo e quando se fala em batalhas marcantes, aquelas da antiguidade, rememoramos a Guerra de Tróia, a qual ocorreu aproximadamente entre os anos 1300 a.C a 1200 a.C. Como se sabe, esse conflito iniciou por uma razão bem diversa de todas as outras razões suscitadas nos demais conflitos subsequentes, ao passo que de maneira singular, o que deu motivo a guerra segundo a mitologia grega, foi o rapto da rainha de Esparta pelo filho do rei de Tróia, que por Helena havia se apaixonado.

Indo mais adiante, as guerras surgem por outros tantos propósitos. Ainda na Grécia antiga, elas eram fundadas na ideia de que a superioridade justificaria a luta, fato pelo qual através dela se buscava

a excelência e tinha por finalidade o extermínio. Em Roma, em função do espírito imperialista daqueles povos, as guerras eram guerras de anexação, fundadas em tratados e alianças entre os vencidos e vencedores. Na idade média as guerras apresentavam cunho religioso prioritariamente, sobretudo em razão da não separação entre Estado e igreja e visavam uma homogeneidade religiosa. Na Idade Moderna, sobretudo após a Ordem Internacional de Vestfália a guerra era decidida pelos Estados no exercício de sua soberania⁴.

Como se pode observar, na antiguidade, as guerras eram provocadas especialmente por motivos étnicos e religiosos, ao passo que os conflitos em razão de interesses políticos e econômicos são mais recentes. Além disso, eram vistas como algo capaz de propiciar a evolução da humanidade, de medir poder, de modo que tanto a ascensão como a queda das civilizações, estavam intrinsecamente ligadas a utilização da força de maneira acertada. As inúmeras batalhas espalhadas por todo o globo terrestre ao longo dos séculos, desde aquelas da antiguidade foram responsáveis por alterar a geografia do mundo, de modo que cidades foram dizimadas e outras foram anexadas se tornando uma só. Além disso, elas eram capazes de promover o enriquecimento de muitos povos, mediante a derrota de outros, expandir territórios, enaltecer líderes, proclamar heróis e etc.

O que diferencia aquelas guerras das atuais é a forma como eram organizadas e principalmente a tecnologia utilizada no combate. Em um passado distante, os combatentes se valiam da infantaria, da falange, das bigas, arcos e lanças como ferramentas rudimentares de guerra. Por mais que todo combate tenha cunho eminentemente destrutivo, as primeiras guerras da história não foram capazes de causar danos tão significativos como aqueles decorrentes das duas grandes guerras mundiais e provenientes de outros tantos conflitos mais

⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 141.

recentes. É assim que, tantos séculos depois das grandes batalhas do passado, as guerras estão mais atuais do que nunca, pois, frente a evolução tecnológica crescente, elas se tornaram mais cruéis, com efeito destruir nunca visto.

A análise histórica e o pensamento político permitem crer, embora de modo indefinido e genérico, que a estrutura essencial de toda a civilização atingiu o ponto de ruptura. Mesmo quando aparentemente melhor preservada, o que ocorre em certas partes do mundo, essa estrutura não autoriza antever a futura evolução do que resta do século XX, nem fornece explicações adequadas aos seus horrores. Incomensurável esperança, entremeada com indescritível temor, parece corresponder melhor a esses acontecimentos que o juízo equilibrado e o discernimento comedido. Mas os eventos fundamentais do nosso tempo preocupam do mesmo modo os que acreditam na ruína final e os que se entregam ao otimismo temerário⁵.

Diante do progresso desse instituto que com o passar dos tempos assumiu cunho técnico, a guerra passa assim a ser definida:

A guerra pode ser conceituada como todo conflito armado entre dois ou mais Estados, durante um certo período de tempo e sob a direção dos seus respectivos governos, com a finalidade de forçar um dos adversários a satisfazer a(s) vontade(s) do(s) outro(s). Ela normalmente se inicia com uma declaração formal de guerra e termina com a conclusão de um Tratado de Paz, ou outro ato capaz de pôr termo às hostilidades e findá-la por completo⁶.

⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Campanha das Letras, 2012. p. 12.

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1189.

Diante das barbáries de uma guerra é comum que os indivíduos naturalmente aterrorizados com todo sofrimento e derramamento de sangue decorrente de um conflito, o qual adentra as suas casas em tempo real, através dos diversos meios de comunicação, queiram saber os motivos que levam seres humanos a travarem batalhas de maneira tão fria e cruel. O senso comum diz que não há no mundo motivo que justifique a eclosão de uma guerra ao passo que não é mais possível distinguir guerras justas de guerras injustas, pois todas as guerras são injustas⁷.

No entanto, em sentido técnico-jurídico, há uma explicação plausível para se iniciar uma guerra, a qual advém de uma controvérsia não resolvida, ou seja, quando uma das partes tem uma pretensão e a outra parte resiste a esta pretensão, restando frustrada qualquer solução pacífica, o que pode ocorrer entre dois ou mais Estados, ou entre Organizações Internacionais, se fazendo necessário, portanto, o uso da força entre os envolvidos. É importante mencionar que as ditas controvérsias advém de motivos múltiplos, porém, mais comumente possuem caráter religioso, político, cultural, econômico e etc. Há estudiosos do tema que ressaltam desconhecerem com profundidade as causas de uma guerra, emergindo daí, segundo afirmam, uma barreira para o encontro de uma solução.

Durante muito tempo, a guerra era o único meio para se solucionar divergências existentes, de modo que a partir dela se proclamaria um vencedor, fato pelo qual, ao menos uma das partes divergentes teria ao final a “razão”, o direito de verem respeitada a sua vontade, ainda que de maneira imposta.

A importância das guerras era tão significativa que a própria filosofia da história, a qual procede a uma reflexão contínua sobre o destino da humanidade se ocupava em estudá-la. É assim que a guerra

⁷ BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003. p. 11.

sempre foi um dos temas obrigatórios e prediletos de toda filosofia da história, pelas características de terribilidade ou de fatalidade, que parecem ou quase sempre pareceram inerentes a ela⁸.

2 Conflitos internos x conflitos internacionalizados (híbridos ou mistos)

Em um mundo em constante transformação, o direito não é capaz de acompanhar as rápidas mudanças sociais e tecnológicas da humanidade⁹. É assim que, se por um lado ele alcança a regulamentação dos conflitos internacionais, por outro lado surge de maneira desordenada e vultosa os denominados conflitos internos, os quais são definidos no artigo I do Protocolo II da Convenção de Genebra. Na atualidade, não é comum acontecer de dois Estados se enfrentarem declaradamente em um conflito armado. Lado outro, tem se tornado frequente a situação em que a guerra ocorra sem que lhe seja dado esse nome, ou na qual se opõem, no interior de um Estado, as autoridades estabelecidas e as suas forças armadas a uma parte da população¹⁰.

Pelo fato de terem se tornado frequentes, somado a ausência de uma regulamentação robusta e pelos seus efeitos devastadores,

⁸ BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003. p. 51.

⁹ O desafio da construção de um Direito Constitucional Internacional passa necessariamente pela superação dos atavios postos pela realidade eminentemente particularista da configuração do capitalismo global, notadamente em relação à interdição operada pelo sistema da validade e efetividade dos direitos humano. ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O direito constitucional internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 354. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>.

Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁰ SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 27.

capazes de ferir de morte os direitos humanos das partes envolvidas, os conflitos armados clamam a atenção da comunidade internacional. Assim sendo, antes mesmo de serem definidos pelo Protocolo II de 1977, os legisladores da época já demonstravam preocupação com essa modalidade de conflito, ao passo que inseriram no artigo 3º da Convenção de Genebra de 1949, comum as quatro Convenções, a aplicabilidade do direito humanitário em uma situação de conflito armado interno e mesmo de forma tímida, determinava que deveria ser respeitado dentro de um conflito interno o mínimo de humanidade.

A partir de então o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), como sendo um organismo criado pela Convenção de Genebra de 1864 com o fim de proteger e dar assistência às vítimas de conflitos armados, passa a desempenhar suas funções no âmbito dos conflitos internos, uma vez que resta confirmado no segundo parágrafo do artigo 3º, que referida organização humanitária detém o direito de oferecer seus serviços em situações de conflitos armados não – internacionais.

Mesmo depois desse pequeno progresso no tocante a previsão normativa dos conflitos internos, o Direito Internacional ainda não é capaz de tutelar de maneira efetiva estes conflitos.

Precisamente desde 1945, entre os conflitos armados, têm os conflitos não-internacionais sido muito mais frequentes em todo o mundo do que a guerra entre Estados. Esta situação, junto ao desenvolvimento de novos meios bélicos, originaram a necessidade de complementação da obra das Convenções de Genebra¹¹.

O que ocorre na realidade é a existência de uma proteção mitigada por parte da comunidade internacional, o que faz com que a violação de direitos humanos dos indivíduos residentes no Estado em

¹¹ SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 20.

conflito seja bastante elevada, haja vista que todas as barbaridades cometidas inclusive por entes organizados, que não o governo, não são vistas pelos olhos do mundo, por assim dizer. E mesmo que o Direito Internacional Humanitário, através do II Protocolo às Convenções de Genebra tenha demonstrado sua preocupação com esta modalidade de conflitos buscando normatizá-los, as regras a ele inerentes não tem grande adesão, tornando sua efetividade praticamente inexistente¹².

No período compreendido entre a Paz de Vestefália e a Segunda Guerra Mundial, as leis internacionais relativas as guerras eram aplicadas tão somente aos conflitos travados entre Estados, no entanto, reconhecendo outro progresso, os conflitos internos são trazidos à tona no Estatuto de Roma, notadamente no inciso 2 do artigo 8º, o qual em suas alíneas “c” e “e” passa a regulamentar os crimes de guerra relativos à conflitos não-internacionais. As leis inerentes à guerra poderiam, via exceção, ser aplicadas às guerras civis apenas nos casos em que o Estado envolvido, ou um terceiro Estado, reconhecesse a beligerância da parte insurgente¹³.

Ocorre que, ainda que a beligerância tenha sido reconhecida em um conflito interno, isso não garantiria que o Direito Humanitário seria necessariamente aplicado no caso em concreto, surgindo daí uma incerteza quanto a esse pormenor, se fazendo cogente uma regulamentação mais precisa, como reiteradas vezes mencionado.

Se faz necessário reconhecer que o Estatuto de Roma em um primeiro momento garantia uma proteção maior aos conflitos internacionais, o que veio a ser alterado em decorrência de uma emenda ao Estatuto que ampliou de certa maneira a tutela nos conflitos internos. É assim que, após a entrada em vigor da emenda ao artigo 8º do

¹² JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 144.

¹³ AKANDE, Dapo. Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts. *In*: WILMSHURST, Elizabeth (org.). **International Law and the Classification of Conflicts**. Oxford: University of Oxford, 2012. p. 1-2.

Estatuto de Roma, em 26/09/2012, a qual acrescentou novas condutas aos conflitos de índole não-internacional que antes eram exclusivas dos conflitos internacionais, a diferenciação na proteção legislativa entre esses dois conflitos foi diminuída consideravelmente, porém, esta emenda é válida somente para os países que a ratificaram, estando este número atualmente em 34 (trinta e quatro) países ratificantes.

Portanto, o que diferencia um conflito armado internacional de um não-internacional são as partes envolvidas no conflito, ao passo que os conflitos armados internacionais, em regra, são travados entre Estados, sendo que, na teoria, também podem ocorrer entre um Estado e um movimento nacional libertário. Porém, é muito difícil que um Estado admita, na prática, que esteja envolvido em uma guerra de libertação nacional, uma vez que isso implicaria na aceitação de que o mesmo é um regime racista, um ocupante estrangeiro ou um dominador colonial¹⁴. Por outro lado, os conflitos armados internos são travados entre forças armadas governamentais e grupos armados não-estatais (facções rebeldes), ou entre grupos armados inimigos dentro de um Estado, sem que haja qualquer intervenção nas hostilidades por parte de algum Estado estrangeiro ou da ONU¹⁵.

Na atualidade, surge uma terceira espécie de conflito armado, o qual não se encaixa nas definições clássicas de conflitos armados internacionais e não-internacionais, sendo então intitulados “conflitos armados internacionalizados”, que apresentam características tanto de um quanto de outro, formando uma espécie de conflito híbrido ou misto¹⁶.

¹⁴ SIVAKUMARAN, Sandesh. Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict. **The European Journal of International Law**, Oxford, v. 22, n. 1, 2011. p. 237.

¹⁵ VERHOEVEN, Sten. International and Non-international Armed Conflicts. *In*: VERHOEVEN, Sten; WOUTERS, Jan (org.). **Armed Conflicts and the Law**. Lovaina: Institute for International Law, 2007. p. 7.

¹⁶ CRAWFORD, Emily. **Unequal before the law: Questioning the distinction between types of armed conflict in international law**. 2008. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Direito, Universidade de New South Wales, Sydney, 2008. p. 20.

Dentre várias situações hipotéticas que se encaixam em referido conceito, pode-se citar como exemplo a guerra travada entre forças governamentais de um determinado Estado e facções rebeldes ou grupos armados, com a intervenção¹⁷ de um ou mais Estados estrangeiros apoiando o governo, as facções rebeldes ou os grupos armados¹⁸.

2.1 A importância prática da distinção entre as espécies de conflitos armados para o Direito Humanitário

É bastante comum que as partes envolvidas em um conflito, principalmente por questões políticas, apresentem resistência em classificar e assumir com transparência o conflito no qual estão envolvidas, sobretudo para evitar as consequências que isso possa ocasionar. Em razão disso é que as Convenções de Genebra não se limitam a serem aplicadas mediante a classificação jurídica que as partes atribuem a esse conflito, de modo que, mesmo que as Partes venham a negar que estão vivenciando um conflito, o que vai definir ou não a aplicação da Convenção de Genebra e seus Protocolos é a realidade fática. Para regular a guerra é criado o Direito Internacional Humanitário, que pode assim ser definido:

O direito internacional humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito, de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na

¹⁷ Sobre as formas de intervenção de Estados estrangeiros em conflitos armados não-internacionais ver: SCHINDLER, Dietrich. **International humanitarian law and internationalized internal armed conflicts**; VITÉ, Sylvain. **Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations**.

¹⁸ VERHOEVEN, Sten. International and Non-international Armed Conflicts. *In*: VERHOEVEN, Sten; WOUTERS, Jan (org.). **Armed Conflicts and the Law**. Lovaina: Institute for International Law, 2007. p. 15.

guerra, ou que proteja as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito¹⁹.

O processo de descolonização ocorrido no mundo todo, trouxe consigo o surgimento de tensões ideológicas e políticas no ceio dos Estados até então colonizados, e via de consequência, nasce daí a necessidade de extensão da aplicabilidade do direito humanitário, antes restrito aos conflitos armados internacionais, aos conflitos internos, o que foi concretizado através dos Protocolos Adicionais à Convenção de Genebra.

Nesse sentido, reconhecida a modalidade do conflito em ocorrência, o direito humanitário a partir de então se valerá necessariamente daquilo que as normas de direito internacional o permite operar e como restou configurado anteriormente, em se tratando de um conflito armado internacional, a proteção e ferramentas a serem utilizadas pelo direito humanitário é bem mais ampla. Por outro lado, sendo o caso de um conflito interno, sua atuação se dará de forma limitada, menos abrangente, residindo aqui a importância de se distinguir as espécies de conflito em curso, sobretudo para se evitar que seja dispensada uma proteção menor do que aquela que a norma garante.

3 O conflito na república da Síria: contexto histórico

A história da Síria é marcada por instabilidade política e ingerência externa. Desde meados dos anos 1500 o território demarcado como sírio esteve sob o domínio do Império Turco-Otomano. Ao final da Primeira Guerra Mundial, após cerca de 400 anos de dominação turco-otomana, os sírios experimentaram um breve período de independência, proclamando Faisal Hussein Bin Hussein como rei. Contudo, logo em

¹⁹ SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 18.

1920, a Síria passa a ser colonizada pela França, o que perdurou até 1946 em decorrência do fim da Segunda Guerra Mundial²⁰.

Durante o mandato francês, a Síria era formada pelo Líbano, Síria e a província Turca de Hatay. Por meio de um censo demográfico da região, foi realizada uma divisão das terras sob o controle da França, o que poderia ser o prelúdio da fragmentação futura do território em pequenas repúblicas. Tanto o Líbano quanto a Síria são Estados marcados pela presença de minorias étnicas e religiosas, sendo este um dos elementos fundamentais para o entendimento dos problemas atuais²¹.

No ano de 1971, a Síria passa a ser governada por Hafez al-Asad, que assumiu o poder mediante um golpe de Estado, permanecendo na presidência do país até o ano 2000, época de seu falecimento. Em decorrência de sua morte, seu filho Bashar al-Assad, assume a presidência, ocupando este cargo de maneira ditatorial até os dias atuais.

A família Assad pertence a uma etnia minoritária na Síria denominada alauíta, então durante todos esses 46 anos de governo por esta família, os cargos públicos eram ocupados pelas pessoas da mesma etnia, o que causava uma certa revolta no restante da população que não era ouvida pelo governo. Além disso, a Síria era um país com alto número de desemprego, não havia liberdade política, sendo marcante a repressão por parte do governo. Como se sabe, surgiu no Oriente Médio um movimento denominado Primavera Árabe, criado majoritariamente por jovens que foram as ruas pedindo liberdade de expressão, democracia e justiça social em seus países e com base nesse movimento foi que alguns poucos jovens no mês de março de 2011 saíram as ruas na cidade de Daraa e como protesto ao governo de Assad picharam frases contrárias ao governo do ditador.

²⁰ PICCOLLI, Larlecianne; MACHADO Lauren; Monteiro, Valeska Ferraza. A guerra híbrida e o papel da Rússia no Conflito Sírio. **Revista Brasileira de Estudos de Defesa**, v. 3, n. 1, 2016. p. 190.

²¹ ZAHREDDINE, Danny. A crise na Síria (2011-2013): Uma Análise Multifatorial. **Revista Conjuntura Austral**, v. 4, n. 20, 2013. p. 8.

Esses jovens foram presos por este motivo e a população que já há muito tempo estava insatisfeita com o governo iniciaram protestos pelas ruas, inclusive se valeram do uso de armas para expulsar as forças de segurança do governo de suas regiões e pode se dizer que esse processo culminou no início do conflito na Síria.

A guerra que agora assombrava o país só havia explodido em março de 2011. Mas seu pavio fora aceso 40 anos antes, em fevereiro de 1971, quando o então chefe das Forças Aéreas da Síria, o militar Hafez al-Assad, tornou-se presidente após comandar um golpe de Estado. Pertencente a etnia alauíta, que representa menos de 10% da população -2 milhões de pessoas-, AL Assad, tão logo assumiu o controle da Síria entregou ministérios e altos cargos militares a membros do seu povo. Empresários e políticos alauítas também tiveram rápida ascensão. Com isso, a maioria sunita - quase 18 milhões de pessoas – articulou uma rígida oposição ao regime de Hafez²².

Diante da reação do governo as manifestações da população, os conflitos se espalharam por todo país, de modo que aqueles que eram contrários ao governo foram formando grupos, denominadas milícias, com o fim de derrubar o governo e retirar Assad da presidência, de modo que dentro deste contexto conflituoso, o Estado veio naturalmente a perder sua força e aproveitando-se disso o grupo terrorista autodenominado Estado Islâmico (EI) entra no meio do conflito com o fim de conquistar territórios. A partir daí o cenário que se tem é de um conflito múltiplo e acentuado, onde há a luta se torna de todos contra todos, por motivos políticos, econômicos, sociais, religiosos, étnicos. A conflito armado na Síria se apresenta como estado

²² CAVALCANTI, Klester. **Dias de inferno na Síria**. 2. ed. São Paulo: Benvirá, 2014. p. 68.

de guerra perpétua, nos moldes *bellum omnium contra omnes* = *guerra de todos contra todos*²³.

Outro ponto de difícil controle é a multiplicação de grupos que integram as forças oposicionistas na Síria, sendo que parte destes contingentes é formada por estrangeiros que possuem ligações com grupos terroristas, como a Al Qaeda. Enfrentamentos entre grupos rebeldes já ocorrem no norte do país, o que revela a dificuldade da oposição em se organizar de maneira sólida²⁴.

Para uma melhor compreensão, será declinado neste ponto as principais Partes que compõem o conflito na Síria, a saber, *a) os grupos extremistas* (jihadistas), especialmente, o Estado Islâmico (EI) que é considerada a organização terrorista mais poderosa do mundo, a qual ocupa metade do território sírio, os denominando como “califados” e a Frente Al-Nusra que é também uma organização terrorista proveniente da Al-Qaeda; *b) os rebeldes moderados* (sunitas), que compuseram o ELS (Exército Livre da Síria) e tem por objetivo retirar o presidente do poder, recebendo apoio dos EUA, Turquia, Arábia Saudita, Catar e Jordânia; *c) os curdos*, que é uma etnia apátrida que formou uma milícia denominada Unidade de Defesa Popular a qual foi criada para defender as regiões ocupadas pelos curdos na Síria e para tanto lutam contra os rebeldes moderados e contra o Estado Islâmico, se tornando assim úteis para o governo do presidente Assad; por fim, *d) o governo de Bashar al-Assad*, que tem como aliados a Rússia, Irã e Líbano (Hezbollah).

Desde o fim da Guerra Fria, não se via uma disputa tão acirrada entre os Estados Unidos da América e a Federação Russa, em função da guerra civil naquele país. Em virtude da defesa que os russos fazem da Síria, ameaçando vetar resoluções no Conselho de Segurança, ou mesmo afirmando que um ataque estadunidense sem uma Resolução

²³ BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003. p. 118.

²⁴ ZAHREDDINE, Danny. A crise na Síria (2011-2013): Uma Análise Multifatorial. **Revista Conjuntura Austral**, v. 4, n. 20, 2013. p. 19.

das Nações Unidas poderia suscitar um apoio mais evidente por parte dos russos, que se percebe a importância desta disputa para o equilíbrio de poder regional e mundial²⁵.

Dentro deste conflito, que se estende por longos 6 anos, inúmeros crimes de guerra já foram cometidos. Assassinatos, torturas, estupros, desaparecimentos forçados são comuns, sendo originados por todas as partes envolvidas. Segundo dados da ONU, o número de mortes já ultrapassou a marca dos 400 mil, e os sírios continuam a ser a maior população deslocada forçada com 12 milhões pessoas no final de 2016; isso inclui 5,5 milhões refugiados, 6,3 milhões de deslocados internos e quase 185 mil requerentes de asilo²⁶.

3.1 Tipificação do conflito na Síria: interno ou internacionalizado?

Para que um conflito seja considerado interno haverá que ser preenchidos todos os requisitos exigidos pelo artigo I do Protocolo II da Convenção de Genebra, notadamente, a) realizar no território de um Estado; b) existência de pelo menos duas partes identificadas organizadas—forças governamentais e oposição—, que se enfrentam; c) sob o comando de um responsável que tenha comando militar ou político.

Analisando o conflito na Síria quando de sua eclosão no ano de 2011, poderia se concluir que o mesmo se apresentava, a princípio, como sendo um conflito eminentemente interno, eis que presentes todos os requisitos acima mencionados. Ocorre que apesar de inicialmente ter assim se apresentado, houve com o passar do tempo, uma alteração no seu cenário inicial, ao passo que o seu percurso foi para além das fronteiras, principalmente em razão da ocorrência de intervenções por parte de outros Estados. No dia 22 de setembro de 2014 ocorreu a

²⁵ ZAHREDDINE, Danny. A crise na Síria (2011-2013): Uma Análise Multifatorial. **Revista Conjuntura Austral**, v. 4, n. 20, 2013. p. 18.

²⁶ UNHCR. **Global Trends**, 2016. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

primeira intervenção no conflito na Síria, ao passo que o governo dos EUA, apoiado inicialmente por uma coalizão de alguns países árabes, notadamente, Bahrein, Jordânia, Catar, Arábia Saudita e Emirados Árabes lançaram ataques aéreos e navais contra os territórios controlados pelo grupo terrorista Estado Islâmico (EI). Além desses ataques, o governo americano, junto com os países árabes acima mencionados, treina e arma os grupos moderados da Síria para lutarem contra o EI.

Alguns anos mais tarde, no dia 06 de abril de 2017, os EUA realizaram nova intervenção, porém desta vez mediante o bombardeio a base militar aérea síria de AlShayrat, ofensiva que foi justificada pelo presidente americano, como sendo uma retaliação ao ataque químico supostamente promovido pelo governo sírio em Idlib. Até então o governo americano só havia feito intervenção no conflito mediante ataque as bases do grupo terrorista Estado Islâmico, mas nunca contra o governo. Outra significativa intervenção realizada no conflito da Síria vem sendo desempenhada pela Rússia, a qual na condição de principal aliada do governo sírio inicialmente se limitava a apoiá-lo monetariamente, bem como fornecendo armas para o exército sírio. No entanto, em setembro de 2015, a intervenção desse Estado se tornou mais ativa e direta, mediante ataques diretos ao EI e também contra aqueles que lutam contra o governo do presidente.

Frente a todas as particularidades que o conflito na Síria apresenta, verifica-se que apesar de ser travestido com todas as características de um conflito interno, diante das intervenções realizadas sobretudo pela Rússia e EUA, o mesmo resta configurado como sendo um conflito internacionalizado, misto ou híbrido.

3.2 A aplicabilidade do Direito Humanitário no conflito da Síria

Pelo que se desenvolveu no presente trabalho, é pacífico o entendimento de que o Direito Humanitário deve ser aplicado tanto nos conflitos internacionais quanto nos conflitos internos. No caso do conflito

na Síria, o mesmo deixou de ser unicamente um conflito interno em decorrência da intervenção que vem sofrendo de outros Estados. Por outro lado, também não pode ser considerado como conflito internacional, sobretudo porque inexistente conflito entre dois Estados soberanos.

Portanto, o que se extrai é que este conflito em razão de suas particularidades deve ser classificado como sendo um conflito híbrido, misto ou internacionalizado, haja vista que, em que pese ocorrer no ceio do Estado Sírio, vem sofrendo intervenções de outros Estados. Assim, se o direito humanitário deve necessariamente ser aplicado a um conflito internacional, e de igual forma aplicado a um conflito interno, é bem verdade que mesmo inexistindo previsão legal para sua aplicabilidade a espécie dos híbridos, como é o caso da Síria, é cogente que seja aplicado aos conflitos que ocupam a zona que reside entre um e outro modelo, sobretudo porque o direito humanitário, caracteriza-se sempre por sua adaptação, na medida das necessidades, às situações nas quais devem ser protegidas as vítimas²⁷.

No desenvolvimento do direito internacional humanitário o fato tem precedido o direito e que a ação dos que velam pela proteção das vítimas gerou as regras e os procedimentos que, mais tarde, foram referendados mediante instrumentos internacionais. Por conseguinte, a regra de direito internacional sempre tem sido oriunda da necessidade de proteger as vítimas de situações provocadas pelos homens. De maneira alguma esse processo terminou. As necessidades da proteção das vítimas ampliam o âmbito real de aplicação, senão das regras, pelo menos dos princípios de direito internacional humanitário, para situações que ainda não figuram formalmente neste²⁸.

²⁷ SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 61.

²⁸ SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 62.

De fato, o Direito Humanitário tem sido aplicado no conflito na Síria desde o seu limiar, sobretudo mediante ações desenvolvidas pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o qual segundo consta em relatório destaca que através de suas operações constantes, 15 milhões de pessoas foram beneficiadas com acesso à água potável e saneamento; 10 milhões de pessoas receberam alimentos; 2,1 milhões de pessoas receberam kits de higiene, colchões, cobertores, toalhas e etc.; 1,4 milhões de doentes e feridos receberam assistência à saúde; 30 visitas foram realizadas em presídios centrais²⁹.

É assim que a finalidade primordial do direito internacional humanitário é tentar fazer ouvir a voz da razão em situações em que as armas obscurecem a consciência dos homens, e lembrar-lhes de que um ser humano, inclusive inimigo, continua sendo uma pessoa digna de respeito e de compaixão³⁰.

Considerações finais

Pelo presente estudo, o que se conclui é que ainda que as questões relacionadas a guerra tenham evoluído a ponto de percorrerem um extenso caminho onde no seu ponto de partida os conflitos eram considerados como algo natural, necessário, inclusive para o desenvolvimento da humanidade, e ao final serem juridicamente reconhecidos como sendo ilícitos, uma solução capaz de colocar um fim prático aos conflitos ainda se apresenta como algo inimaginável. Os inúmeros conflitos espalhados por todo mundo, sejam eles internacionais, internos ou híbridos são capazes de confirmar essa infeliz realidade, da qual o direito não é capaz de por si só e a passos lentos trazer uma solução

²⁹ SUIÇA. COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/onde-o-cicv-atua/middle-east/siria>. Acesso em: 12 out. 2020.

³⁰ SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 25.

eficaz. Muito se fala sobre a paz no mundo, mas para que ela seja posta em prática não é suficiente que a humanidade participe de caminhadas pela paz, não que estas não sejam importantes.

Medidas ativas devem ser tomadas, não restam dúvidas. Da mesma maneira como se decide em relação a um ataque, ao início de um conflito e assim o planejam, colocando-o em prática, de igual forma deveria ser planejada e colocada em prática a paz. A humanidade vem sofrendo cada vez mais com os males decorrentes de um conflito, mortes sem precedentes, mutilações, fome, abusos sexuais e outras milhares de atrocidades. A Síria é palco de todas essas barbáries, sendo considerada a maior crise humanitária no mundo e já ultrapassa os anos de duração da Segunda Guerra Mundial.

Com toda certeza, se as intervenções da Rússia e dos EUA, as quais alteraram a conjuntura de um conflito interno na Síria, o tornando um conflito híbrido, tivessem sido feitas de maneira positiva, não com ataques, mas com intervenções necessárias para se colocar um ponto final a este conflito, de certo o mesmo não teria alcançado este patamar.

Referências

AKANDE, Dapo. Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts. *In*: WILMSHURST, Elizabeth (org.). **International Law and the Classification of Conflicts**. Oxford: University of Oxford, 2012.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O direito constitucional internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 351-372. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo.** Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Campanha das Letras, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003.

CAVALCANTI, Klester. **Dias de inferno na Síria.** 2. ed. São Paulo: Benvirá, 2014.

CRAWFORD, Emily. **Unequal before the law: Questioning the distinction between types of armed conflict in international law.** 2008. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Direito, Universidade de New South Wales, Sydney, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito.** Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto de Roma.** 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 jan. 2018.

PICCOLLI, Larlecianne; MACHADO Lauren; Monteiro, Valeska Ferraza. A guerra híbrida e o papel da Rússia no Conflito Sírio. **Revista Brasileira de Estudos de Defesa**, v. 3, n. 1, p. 189-203, 2016.

SIVAKUMARAN, Sandesh. Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict. **The European Journal of International Law**, Oxford, v. 22, n. 1, p. 2019-264, 2011.

SUIÇA. COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/onde-o-cicv-atua/middle-east/siria>. Acesso em: 12 out. 2020.

SWINARSKI, C. **Introdução ao direito internacional humanitário**. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

UNHCR. **Global Trends**, 2016. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

VERHOEVEN, Sten. International and Non-international Armed Conflicts. *In*: VERHOEVEN, Sten; WOUTERS, Jan (org.). **Armed Conflicts and the Law**. Lovaina: Institute for International Law, 2007.

ZAHREDDINE, Danny. A crise na Síria (2011-2013): Uma Análise Multifatorial. **Revista Conjuntura Austral**, v. 4, n. 20, p. 6-23, 2013.

Tribunal Penal Internacional e a proteção ambiental: a criminalização dos danos ambientais

The International Criminal Court and the environmental protection: the criminalization of environmental damage

Carla Teresa Medeiros dos Anjos*

Mônica Teresa Costa Sousa*

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó*

Resumo: O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de se criminalizar condutas danosas ao meio ambiente, de forma que elas venham a fazer parte da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Nesse sentido, é analisada a proposta do ecocídio como crime apresentada por Polly Higgins (2012), concluindo-se pelas incongruências entre ela e o Estatuto de Roma. Além disso, quanto à discussão sobre a aplicação prática do artigo 8º do Estatuto que contém expressa previsão ao meio ambiente, também se observou dificuldades, por conta de os elementos objetivos e subjetivos deste crime impedirem a tutela ambiental direta. De todo modo, em 2016, o escritório da procuradoria do TPI emitiu um documento, intitulado *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, que trouxe novas discussões a

* Advogada (OAB/MA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2018). Assessora Jurídica do Ministério Público Estadual do Maranhão.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007). Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA). Docente permanente do curso de Mestrado Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (PGCult), na linha de pesquisa Cultura, educação e tecnologia, e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir).

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2011). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2001) e Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual Civil pela Universidade Ceuma. Procurador do Município de São Luís/MA e Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA.

respeito da possibilidade de o ecocídio vir a ser interpretado extensivamente como crime de competência desta Corte Internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Crimes ambientais. Ecocídio.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the possibility of criminalizing harmful practices to the environment, so that come within the jurisdiction of the International Criminal Court. In this sense, it has analyzed the proposal of the ecocide as a crime presented by Polly Higgins (2012), and the conclusion was the incongruities between the proposal and the Rome Statute. Besides that, concerning the discussion about the application of article 8º of the Rome Statute, which has the express prediction to the environmental, there were also practical difficulties, because of the objective and subjective elements of this crime prevent direct environmental protection. In any case, on 2016, the office of the ICC prosecutor issued a document, entitled Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, which has brought new discussions about the possibility that the ecocide be interpret extensively as a crime within the jurisdiction of this International Court.

Keywords: International Criminal Court. Environmental crimes. Ecocide.

Introdução

O direito a um meio ambiente saudável está no âmbito de proteção dos direitos humanos, destacando-se dois instrumentos normativos: a Declaração de Estocolmo de 1972, que estabeleceu o direito fundamental a um ambiente de qualidade, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos no Campo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirmou expressamente o direito a viver em um ambiente saudável, tendo isso

sido inscrito em muitas constituições nacionais, a exemplo da Constituição Federal de 1988¹, em seu artigo 225.

Dentro deste cenário protetivo de direitos, é evidente que a destruição ambiental tem efeitos que transcendem o meio ambiente (em termos ecológicos), atingindo diretamente os seres humanos. Há uma intrínseca relação entre um ambiente seguro e habitável, com acesso a recursos naturais e a sobrevivência da espécie humana. Assim, com a evolução do Direito Internacional do Meio Ambiente e o reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável e sustentável, cresce também o combate aos crimes ambientais, sendo natural que a destruição deliberada do ambiente torne-se uma conduta enquadrada em rigorosas normas jurídicas internacionais.

Por isso, tendo em vista os incontáveis atos propostos à destruição do ambiente natural, não só em conflitos armados, mas em também em tempos de paz - a exemplo do desmatamento da Floresta Amazônica -, o presente artigo científico tem por objetivo analisar um tema de grande repercussão na área do Direito Internacional: a possibilidade de criminalização de condutas danosas ao meio ambiente, destacando-se a criação de um novo tipo penal denominado ecocídio. Isso pois, se ele for incluso no Estatuto de Roma, virá a fazer parte da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil é signatário desde a promulgação do Decreto nº 4388/2002² por meio do qual o Estatuto de Roma foi ratificado no território nacional.

Diante dessas considerações, expõe-se que, inicialmente, é feito o estudo do Direito Internacional Ambiental, com ênfase no Direito Penal Ambiental, verificando-se a escassa legislação internacional que tipifique crimes ambientais. Em seguida, é elaborado

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

² BRASIL. **Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decret o/2002/d4388.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

o desenvolvimento histórico do conceito de ecocídio, destacando-se a proposta da advogada e também ativista Polly Higgins, que em abril de 2010 apresentou à Organização das Nações Unidas (ONU) um projeto, pretendendo enquadrar o ecocídio como um novo tipo penal de competência do Tribunal Penal Internacional.

Por sua vez, também é feita a análise sobre a aplicação prática do artigo do Estatuto de Roma que contém uma expressa menção aos danos ambientais e acerca da viabilidade do enquadramento da temática ambiental ante a jurisdição do TPI, especialmente por conta de o documento emitido pela Procuradoria do TPI, em setembro de 2016 (*Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*), em seu item “41”, prever os danos ambientais como um critério de seleção de casos.

Dessarte, esta temática justifica-se pela sua importância destacadamente no que se refere à proteção ambiental e combate às ações danosas ao meio ambiente, tratando-se de uma discussão recente, ainda mais por conta das discussões que o supracitado documento emitido pelo TPI provocou na sociedade civil no que tange à possibilidade de interpretação do ecocídio como um crime de competência do Tribunal.

1 O direito penal ambiental, os crimes ambientais e a legislação internacional

Desde o desenvolvimento humano os danos ambientais se fazem presentes, e com domínio do homem sobre a natureza, surgiu também o ramo do Direito que se dedica ao estudo específico da responsabilidade internacional no âmbito cível – e criminal – pelos danos ambientais. Destarte, no tocante à responsabilidade internacional civil por dano ambiental há como precedente o caso *Trail Smelter*, quando em 1926 um conflito entre os Estados Unidos da América (EUA) e o Canadá foi resolvido por meio de um acórdão advindo de um tribunal arbitral.

O confronto originou-se de uma discussão a respeito do ressarcimento de danos causado pelos efeitos nocivos de uma poluição atmosférica (por meio da emissão de dióxido de enxofre) promovida pela Fundação de *Trail*, situada a 20 km a norte da fronteira entre os países. Nesse caso, o Canadá foi condenado pelo tribunal arbitral a pagar uma indenização, sendo “reconhecida a responsabilização de um Estado pela comprovação do uso abusivo de instalações citas em seu território que tenham causado prejuízos a um terceiro Estado, decorrentes de poluição com efeitos graves a sua população”³.

Por sua vez, no âmbito de responsabilidade internacional criminal, devido ao fato do direito ao meio ambiente fazer parte do âmbito de proteção dos direitos humanos, foram, e continuam sendo desenvolvidos argumentos favoráveis à criminalização de condutas a nível internacional que atentem contra o bem jurídico ambiental.

Nesse contexto, à medida que a tutela do meio ambiente, “tem merecido a atenção de toda a humanidade, sendo objeto de preocupação nos mais diversos países do planeta”⁴, vem se desenvolvendo um ramo específico que prevê sanções penais, denominado de Direito Penal Ambiental, que “incrimina não só o colocar em risco a vida, a saúde dos indivíduos e perpetuação da espécie humana, mas o atentar contra a própria natureza”⁵. A propósito, Santiago, enuncia

Dois marcos bem nítidos fixam a missão do Direito Penal Ambiental e dentro destes marcos deve ser examinada e avaliada sua eficácia: proteger o meio ambiente como

³ GOMES, Carla Amado. Apontamentos sobre a proteção do ambiente na jurisprudência internacional. *In: Elementos de apoio à Disciplina de Direito Internacional do Ambiente*. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 376-378.

⁴ LECEY, Eladio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). Direito Ambiental em Evolução*. v. 1. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 37.

⁵ LECEY, Eladio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. *In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). Direito Ambiental em Evolução*. v. 1. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 39.

uma composição de interesses sociais e, em sentido acessório, fazê-lo somente frente aos ataques mais intoleráveis e atuando de modo subsidiário. O Direito Penal deve sancionar pouco e bem⁶.

Por seu turno, Freitas, destaca a relevância do bem jurídico tutelado por este ramo do Direito, ressaltando que isso justifica a intervenção penal.

Daí se falar em Direito Penal Ambiental. Outrossim, por ser o meio ambiente um bem difuso, alguns conceitos e princípios consagrados no Direito Penal tradicional a eles não se aplica ou se aplicados, devem se amoldar às especialidades e aos princípios do Direito Ambiental⁷.

Desse modo, o Direito Penal Ambiental pode ser visto como um instrumento específico do Direito Ambiental cuja finalidade não é somente o exercício do *jus puniendi* estatal, mas também a proteção e preservação do meio ambiente, não podendo se manter inerte às questões ambientais que abordam ações lesivas, enquanto ramo do Direito incumbido de assegurar direitos fundamentais. Contudo, não se pode olvidar que, para a escola clássica do Direito Penal ele deve ser utilizado como *ultima ratio*, em derradeiro caso, se as demais áreas da ciência do Direito não obtiverem resultados satisfatórios na tutela do bem jurídico. Relacionando-se à subsidiariedade do Direito Penal, Santiago, afirma que:

A contribuição do Direito Penal há de ser, inevitavelmente, modesta. É de sua natureza que seja assim. Não é desiderato das normas penais melhorar sem mais nem menos a situação ambiental nem reduzir por si

⁶ SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 61, jan./mar. 2011. p. 83.

⁷ FREITAS, Gilberto Passos de. Direito Penal Ambiental. *In*: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (org.). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. v. 4. Barueri: Manole, 2005. p. 400.

só os agentes contaminantes senão em um quadro de uma complexa estratégia da qual forma somente uma pequena parte, pretendem prevenir comportamentos que atentem contra o meio ambiente de um modo ilícito e, cumulativamente e não disjuntivamente, que sejam comportamentos graves⁸.

De todo modo, ainda que a doutrina majoritária defenda a aplicação subsidiária do Direito Penal em relação à aplicação de sanções aos danos ambientais, o que tem acontecido, particularmente em conflitos armados, é a propagação intencional da destruição do ambiente natural como estratégia bélica.

O aniquilamento intencional do ambiente como método para ameaçar a segurança humana vem se tornando de forma crescente uma tática empregada em conflitos, dando origem a termos como “ecocídio” ou “genocídio”. Uma das consequências trágicas dos conflitos reside no fato de que o ambiente natural é quase sempre vulnerável aos objetivos bélicos ou às armas de guerra⁹.

No entanto, a despeito das considerações feitas acerca da necessidade de normas internacionais que criminalizem condutas causam a destruição ambiental, atualmente, os Tratados Internacionais, tanto no Sistema Global quanto nos Sistemas Regionais não mencionam frequentemente temas ambientais, tampouco tipificam sanções penais.

Por um lado, é certo que quase não há menções frequentes ao tema “meio ambiente” na maior parte dos tratados internacionais de direitos humanos, tanto no Sistema Global como em sistemas regionais. Entretanto, entendemos que isso se deve meramente ao ato de o tema

⁸ SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 61, jan./mar. 2011. p. 82.

⁹ FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 2. São Paulo, 2005. p. 120.

ambiental só ter efetivamente começado a fazer parte da agenda internacional a partir da Conferência de Estocolmo, em 1972, seis anos após a assinatura dos pactos de direitos humanos, em 1966, e três anos depois da adoção do texto do Pacto de São José¹⁰.

O que se verifica a respeito da legislação penal internacional existente para proteção ambiental durante conflitos, ou mesmo em tempos de paz, é a presença dos princípios 24 e 25 da Declaração do Rio de 1992, determinando que os “Estados irão, por conseguinte, respeitar o direito internacional aplicável à proteção do meio ambiente em tempos de conflitos armados e irão cooperar para seu desenvolvimento progressivo, quando necessário”¹¹, e que a proteção ambiental é interdependente e indivisível.

Além do mais, acresce destacar a Convenção sobre a Proibição do Uso Militar ou qualquer Uso Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental (Convenção ENMOD), considerado o primeiro tratado exclusivamente voltado a proteger o meio ambiente natural em conflitos armados¹².

Sem dúvidas, tais princípios são importantes por demonstrar a preocupação global em proteger o ambiente, tendo em vista o rápido progresso da tecnologia militar aplicada em conflitos armados, e também os desastres naturais, cada vez com proporções maiores, ocorridos em tempos de paz. Contudo, embora tais princípios e normas sejam relevantes eles não tipificam condutas penais. Então, apesar de

¹⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 454.

¹¹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto 2519, de 16 de março 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹² JACOBSSON, Marie G. Annex E – Protection of the environment in relation to armed conflicts. *In: Report on the work of the sixty-third session*. International Law Commission United Nations, 2011. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2011/english/annex.pdf&lang=ENFSRAC>. Acesso em: 23 mar. 2018. p. 352.

existirem Acordos Ambientais Multilaterais (MEA's, sigla em inglês), tais acordos se referem à responsabilidade penal, e aplicação de sanções, determinando que as condutas criminosas sejam investigadas e processadas no âmbito interno dos Estados, “com base nos princípios tradicionais de jurisdição nacional”¹³.

Nesse sentido, há no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 9605/98 que tipificou crimes e sanções penais em relação a condutas que tenham por bem jurídico o meio ambiente. No entanto, a legislação nacional não reflete, apropriadamente, a extensão do dano e as consequências ambientais, que na maioria dos casos são transfronteiriças, conforme já abordado.

De toda forma, o fato de que a destruição do meio ambiente merece atenção, por ameaçar, inclusive, a existência humana, vem ganhando destaque no cenário mundial, de modo que em 2014 foi realizada a 66ª Sessão da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, onde editou-se o Relatório Preliminar relacionado expressamente à proteção do meio ambiente no tocante a conflitos armados, e, em 2015, realizou-se também a 67ª Sessão desta Comissão, em que foi elaborado o Segundo Relatório Preliminar relacionado à mesma questão, seguida pela 68ª Sessão em 2016.

Neste Segundo Relatório sobre a proteção do meio ambiente em relação a conflitos armados, houve uma provisão sobre o que consta no artigo 8º do Estatuto de Roma. Referindo-se a este ponto, Jacobsson¹⁴, expõe que tal dispositivo é importante juntamente com “várias outras provisões no Estatuto de Roma”, ao impor “um padrão de necessidade militar muito mais alto do que o tradicionalmente

¹³ FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 2. São Paulo, 2005. p. 126.

¹⁴ JACOBSSON, Marie G. **Second report on the protection of the environment in relation to armed conflicts**. 67ª Sessão. Genebra: International Law Commission – United Nations, 4 maio - 5 jun e 6 jul - 7 ago/2015. p. 41. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/685>. Acesso em: 23 mar. 2018.

entendido em Direito Internacional Humanitário”, cuja finalidade é “assegurar a responsabilidade pelos crimes de guerra”.

Sendo assim, a importância do meio ambiente para a sobrevivência da espécie humana e para garantir o bem-estar social, exige que a legislação existente para proteger o ambiente a nível internacional se torne apropriada, ao serem introduzidas normas que prevejam ferramentas, como as sanções penais, sendo aplicadas aos agentes responsáveis pelas ações danosas, e criminosas, ao meio ambiente.

1.1 Desenvolvimento Histórico do Conceito de Ecocídio e a Proposta de Polly Higgins

Em paralelo ao avanço do Direito Penal Ambiental, surgiram as propostas do ecocídio, termo que originou-se através da ciência por meio do professor Arthur Galston em uma publicação de estudos sobre o uso de herbicidas durante a Guerra do Vietnam, feito por Barry Weisberg¹⁵. A partir de então, estudiosos como Gray¹⁶ e Berat¹⁷ passaram a defender a necessidade de criação de uma lei internacional que proibisse o ecocídio e protegesse o planeta e ecossistemas da destruição em larga escala.

A proposta de maior destaque do ecocídio foi apresentada por Polly Higgins, líder do movimento *Eradicating Ecocide*, que enviou o projeto de tipificação penal do ecocídio (*Ecocide Act*) para a Comissão de Direito das Nações Unidas. Em síntese, essa proposta baseou-se no próprio processo de alteração do Estatuto de Roma, previsto em seus artigos 121 e 122, que estabelecem a possibilidade de qualquer Estado Membro propor uma emenda, devendo esta ser aprovada por maioria de

¹⁵ WEISBERG, Barry. **Ecocide in Indochina**. San Francisco: Canfield Press, 1970.

¹⁶ GRAY, Mark. **The International Crime of Ecocide**. CWSL Scholarly Commons, 1995. p. 217.

¹⁷ BERAT, Lynn. Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law. **Boston University International Law Journal**, v. 11, 1993. p. 327.

dois terços em uma reunião da Assembleia dos Estados Partes ou em uma Conferência de Revisão. Assim, uma emenda a tal Estatuto entraria em vigor para todos os Estados Membros um ano após a ratificação por sete oitavos dos Estados.

Sendo assim, tal proposta além de definir conceitualmente o ecocídio, também estabelece condições mínimas para sua configuração. Desse modo, o artigo 1º do *Ecocide Act*¹⁸ prevê:

1. Ecocide. Ecocide is the extensive damage to, destruction of or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that:- (1) peaceful enjoyment by the inhabitants has been severely diminished; and or (2) peaceful enjoyment by the inhabitants of another territory has been severely diminished¹⁹.

No que concerne à proposição do tipo penal do artigo 1º do *Ecocide Act*, é necessária a realização de uma análise crítica relativa aos elementos objetivos (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*) do tipo, como foi feito no estudo apresentado por Borges²⁰. Nesse contexto, verificando os elementos constitutivos deste tipo penal, é possível aferir que o núcleo da ação do ecocídio revela-se o ato de causar os referidos danos extensos, ou a destruição e perda de um ou vários ecossistemas de determinado território.

No tocante aos aspectos objetivos, é importante se observar que o tipo penal do ecocídio contém o termo “outras causas”, que é

¹⁸ HIGGINS, Polly. **Earth is our business**: changing the rules of the game. London: Shephard-Walwyn Ltd, 2012. p. 159.

¹⁹ Tradução livre: 1. Ecocídio. Ecocídio é a extensa perda ou danos e destruição de ecossistemas (s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, de tal forma que: (1) o gozo pacífico pelos habitantes foi severamente diminuído; e ou (2) o gozo pacífico pelos habitantes de um outro território tem sido severamente diminuído.

²⁰ BORGES, Orlindo Francisco. **Direito Penal Internacional Ambiental**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018.

conceituado no artigo 33 do *Ecocide Act* “means naturally occurring events such as but not limited to; tsunamis, earthquakes, acts of God, floods, hurricanes and volcanoes”²¹, isto é, são os eventos naturais.

Nesse ponto é válida a indagação se eventos naturais realmente podem ser tipificados como ecocídio. A quem atribuir a responsabilidade penal pela ocorrência de um furacão? E de um tsunami? Os eventos da natureza são tipificados como crimes em algum Código Penal ou mesmo Tratado Internacional? A resposta é negativa. Sendo assim, “constata-se a total incompatibilidade desta norma com um sistema penal, uma vez que não há se falar em delito sem conduta humana”²². Além disso, de acordo com o artigo 25, inciso I do Estatuto de Roma, o TPI é competente para julgar pessoas físicas que não poderão jamais ser responsáveis por fenômenos da natureza que fogem ao controle humano.

O núcleo do tipo penal também possui conceitos indeterminados que dificultam a aplicação prática. Qual seria o conceito objetivo de “danos extensos” (*extensive damages*)? Assim, a utilização de conceitos indeterminados no núcleo do tipo demonstra que o ecocídio, como proposto, é um tipo penal aberto, e, para doutrinadores como Borges²³, isso viola o princípio da legalidade “em sua modalidade *nullum crimen sine lege certa*. Princípio este que tem como componente central o mandado de determinação do tipo, ou seja, obriga o legislador à precisão”.

Por outro lado, o artigo 17 do *Ecocide Act* prevê a possibilidade de imputação criminal a companhias, organizações, parceiros, ou qualquer

²¹ HIGGINS, Polly. **Earth is our business**: changing the rules of the game. London: Shephard-Walwyn Ltd, 2012. p. 170. Tradução livre: outras causas significam eventos que ocorrem naturalmente, tais como, tsunamis, terremotos, ações divinas, inundações, furacões ou vulcões, mas que não apenas a estes eventos se limitando.

²² BORGES, Orlindo Francisco. **Direito Penal Internacional Ambiental**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018. p. 140.

²³ BORGES, Orlindo Francisco. **Direito Penal Internacional Ambiental**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018. p. 110.

tipo de entidade legal, o que também é inaplicável no âmbito do TPI, à medida que, conforme já analisado no primeiro capítulo, pessoas jurídicas não podem vir a ser responsabilizadas, de acordo com o supracitado artigo 25 do Estatuto de Roma.

No tocante aos elementos subjetivos (*mens rea*) do tipo penal defendido no *Ecocide Act*, é verificado que no artigo 12 do projeto há previsão de responsabilidade objetiva, que significa a desnecessidade da presença dos elementos subjetivos dolo ou culpa para configuração do crime. Ocorre que, além de o dolo ser o elemento psicológico obrigatório para responsabilização de um agente no âmbito do TPI, de acordo com o artigo 30 do Estatuto de Roma (que exige a intenção e o conhecimento como requisitos do dolo), o elemento subjetivo (dolo ou também a culpa) é requisito indispensável previsto não somente no Código Penal brasileiro, mas é princípio básico do Direito Penal também a nível internacional.

Dessa forma, analisando os principais pontos da proposta de inclusão de um novo tipo penal no Estatuto de Roma, denominado ecocídio, é possível concluir que embora haja mobilização internacional no sentido de se criar um crime contra o meio ambiente, existem incompatibilidades lógicas entre o projeto e o Estatuto de Roma, que tornam insustentável o processamento e julgamento do ecocídio, na maneira em que é defendido pelo *Ecocide Act*, pelo Tribunal Penal Internacional.

2 A expressa menção ao meio ambiente no Estatuto de Roma

Por sua vez, existe uma menção explícita ao meio ambiente no Estatuto de Roma no contexto de crimes de guerra. Ela está no artigo 8º, 2, b, iv, que determina a responsabilização àquele que lançar intencionalmente um ataque, mesmo sabendo que causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens civis ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio

ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar que se previa²⁴.

Embora haja expressa referência a prejuízos ao meio ambiente, evidente que esse artigo do Estatuto visa primordialmente à proteção da vida humana, o que demonstra o caráter antropocêntrico da norma. O antropocentrismo torna-se ruim para a tutela ambiental por conta de desproteger o meio ambiente em várias situações, como por exemplo quando um ataque for dirigido a elementos naturais que naquele momento não despertem interesses humanos. Outro caso a ser exemplificado é se o ataque danificar o ambiente mas promover interesses humanos²⁵.

Além disso, esse artigo possui elementos objetivos e subjetivos exigidos para sua aplicação que são difíceis de provar.

In order to establish jurisdiction under Article 8(2)(b)(iv), the OTP must produce evidence of: i) state of mind (an intentional, knowing act), ii) damage (wide-spread, long-term, severe), and iii) disproportionality (a threshold of accountability). Further, under Article 8(1), the OTP must also established that alleged environmental war crimes were “committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes”, in order for the ICC to have jurisdiction²⁶.

²⁴ BRASIL. **Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

²⁵ LAWRENCE, Jessica C.; HELLER, Kevin Jon. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime. **Georgetown International Environmental Law Review (GIELR)**, v. 20, 2007. p. 07-08. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460. Acesso em: 24 abr. 2018.

²⁶ ANTON, Donald K. Adding a Green Focus: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Highlights the 'Environment' in Case Selection and Prioritisation. **31 Australian Environment Review (Forthcoming)**. Griffith University Law School, n. 17-03, p. 1-13, 2016. p. 02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2879775>. Acesso em: 24 abr. 2018. Tradução livre: Para estabelecer a competência nos termos do Artigo 8 (2)(b)(iv), a Procuradoria do TPI

Nesse contexto, é possível observar que existem 04 (quatro) limites para aplicação do artigo 8º, 2, b, iv, do Estatuto. O elemento objetivo é muito vago, o elemento subjetivo é de difícil demonstração prática, bem como a desproporcionalidade exigida do ataque e essa norma não se aplica a conflitos internos.

Em relação ao fato de o elemento objetivo ser excessivamente vago, verifica-se que a norma proíbe atos que gerem danos extensos, duradouros e severos, mas o Estatuto de Roma não os conceitua, o que resulta numa falta de segurança acerca de quais tipos de danos ambientais o TPI irá considerar suficientemente devastadores para justificar a condenação.

Aliás, na parte final do artigo 8º, 2, b, “iv”, é previsto um quarto requisito do dano para sua configuração: que ele se revele claramente excessivo em relação à vantagem militar global concreta e direta que antevia, isto é, que ele seja considerado desproporcional em termos militares. Todavia, o Estatuto de Roma não fornece nenhuma orientação a respeito de como o dano ambiental será excessivo em relação à vantagem militar. Afora isso, as expressões “vantagem concreta e direta” são vagas e também indefinidas, o que para Lawrence²⁷ acarreta numa violação ao princípio da legalidade.

tem de produzir evidências: i) do estado mental (o ato deve ser intencional e consciente); ii) do dano (deve ser efeitos extensos, ser duradouro e grave) e iii) da desproporcionalidade (um limiar de responsabilização). Além disso, de acordo com o Artigo 8 (1), a Procuradoria do TPI também deve demonstrar que os supostos crimes ambientais de guerra foram “cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes”, para que o TPI tenha jurisdição sobre o caso.

²⁷ LAWRENCE, Jessica C.; HELLER, Kevin Jon. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime. **Georgetown International Environmental Law Review (GIELR)**, v. 20, 2007. p. 17. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460. Acesso em: 24 abr. 2018.

Já o elemento subjetivo (*mens rea*) é compreendido por Lawrence²⁸, como de impossível verificação, à medida que é exigido se provar o conhecimento do agente acerca da desproporcionalidade do seu ataque, sendo isto algo muito subjetivo. Anton também destaca que:

Taking state of mind first, it is plain that culpability for an environmental war crime is of the highest order of magnitude. The OTP must prove that the accused, by his or her behaviour, *intended* to cause severe environmental harm and *knew* that such behavior *would cause* such harm. This standard is not only high, but it also appears to be subjective because it lacks language of imputation that would make intentionally causing severe environmental harm culpable if such harm was “reasonably foreseeable” or “might have been expected” by the accused²⁹.

Esses três limites – dois relacionados aos elementos objetivos e um ao elemento subjetivo – somam-se a um quarto fator que resulta

²⁸ LAWRENCE, Jessica C.; HELLER, Kevin Jon. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime. **Georgetown International Environmental Law Review (GIELR)**, v. 20, 2007. p. 20. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460. Acesso em: 24 abr. 2018.

²⁹ ANTON, Donald K. Adding a Green Focus: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Highlights the 'Environment' in Case Selection and Prioritisation. **31 Australian Environment Review (Forthcoming)**. Griffith University Law School, n. 17-03, p. 1-13, 2016. p. 02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2879775>. Acesso em: 24 abr. 2018. p. 03. Tradução livre: Levando em consideração primeiro o elemento subjetivo é óbvio que a culpabilidade por um crime de guerra ambiental é da mais alta ordem de grandeza. A procuradoria do TPI deve provar que o acusado, por seu comportamento, pretendia causar danos ambientais severos e sabia que tal comportamento teria o condão de causar tal dano. Este padrão não é apenas alto, mas também parece ser subjetivo porque não possui um critério objetivo de imputação que demonstre que o agente causou intencionalmente um dano ambiental grave “razoavelmente previsível” ou que ele “poderia ter sido esperado” pelo acusado. Até que os estados possam concordar que todos os líderes militares devem ser treinados acerca das ameaças ambientais sérias colocadas pelo uso da força, parece que a ignorância dessas ameaças pode servir como uma desculpa legítima - “Eu não sabia que tal dano seria causado”.

na diminuição da possibilidade de aplicação prática do dispositivo em comento. O item “b” do artigo 8º do Estatuto expressamente delimita que ele é aplicado em conflitos armados internacionais, excluindo, portanto, sua incidência em conflitos armados internos.

Desse modo, Lawrence conclui que “as a result, nothing in the Rome Statute provides ecocentric protection to the non-human environment during internal armed conflict.”³⁰ Sendo assim, para ela, a solução para que o TPI pudesse vir a ser competente para processar e julgar crimes que envolvessem danos ambientais, seriam algumas mudanças no Estatuto de Roma. A primeira delas deveria ser a conceituação dos termos extenso, duradouro e severo (aplicáveis ao dano), a segunda seria baixar o padrão de desproporcionalidade do ataque militar, e a terceira, a inserção da previsão de um elemento subjetivo mais objetivo e que esse artigo 8º tivesse sua abrangência ampliada aos conflitos armados internos³¹.

Portanto, sem essas aludidas mudanças, é pouco provável que danos ambientais sejam julgados como crimes de guerra pelo TPI, pois, como demonstrou-se ao longo de uma análise do tipo penal, enquadrar danos ambientais como crimes de guerra não possui precedentes e é de difícil aplicação prática, haja vista as dificuldades apresentadas no estudo do aludido dispositivo.

³⁰ LAWRENCE, Jessica C.; HELLER, Kevin Jon. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, *The First Ecocentric Environmental War Crime*. **Georgetown International Environmental Law Review (GIELR)**, v. 20, 2007. p. 28. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460. Acesso em: 24 abr. 2018. Tradução livre: como resultado, nada no Estatuto de Roma fornece proteção ecocêntrica ao ambiente não humano durante conflitos armados internos.

³¹ LAWRENCE, Jessica C.; HELLER, Kevin Jon. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, *The First Ecocentric Environmental War Crime*. **Georgetown International Environmental Law Review (GIELR)**, v. 20, 2007. p. 32. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460. Acesso em: 24 abr. 2018.

3 Policy paper on case selection and prioritisation: a possibilidade de inserção da questão ambiental na jurisdição do TPI

A despeito dos apontamentos realizados acerca da incongruência entre a tutela ambiental e a jurisdição do TPI, em 15 de setembro de 2016, o escritório da procuradoria deste Tribunal emitiu um documento, intitulado *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (Documento Político de Seleção e Priorização de Casos), gerando inúmeras especulações nos meios de comunicação de que o TPI teria se tornado competente para processar e julgar o ecocídio, como um crime contra a humanidade.

Inclusive, o Ministério Público Federal, através da Procuradoria do Amapá, ajuizou uma ação civil pública em desfavor da União Federal e da Agência Nacional de Mineração, alegando o ecocídio como um dos argumentos contra o decreto que determinou a extinção da RENCA (Reserva Nacional de Cobres e Associados).

No decorrer da petição da Ação Civil Pública, o MPF/AP destacou como um dos argumentos contrários ao Decreto nº 9.142 de 2017, que extinguiu a RENCA, o fato de o ecocídio ter sido considerado crime contra a humanidade pelo TPI em seu documento emitido em setembro de 2016, salientando que a extinção da RENCA configuraria um tipo de ecocídio.

Nessa linha, a extinção da RENCA na Amazônia legal viola diversos compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, configurando-se um verdadeiro “ecocídio”, vez que causará a destruição em larga escala do ecossistema amazônico, com a maximização da exploração mineral de área preservada. Com efeito, por ocasião da edição do “Policy Paper on Case Selection and Prioritisation”, a Procuradora do Tribunal Penal Internacional (TPI) decidiu, no final de 2016, reconhecer o “ecocídio” (termo que designa a destruição em larga escala do meio ambiente) como ‘crime contra a Humanidade’, sujeitando seus autores a

jurisdição do TPI. Neste contexto, o Escritório da Procuradora do TPI dará atenção especial para processar crimes do Estatuto de Roma que são cometidas por meio de exploração ilegal dos recursos naturais ou a desapropriação ilegal de terras ou que resultam em destruição do meio ambiente. Essa ampliação da interpretação dada aos crimes contra a humanidade previsto no Estatuto de Roma demonstra a relevância dada a proteção adequada aos recursos naturais, *rectius*, meio ambiente, cuja aniquilação implica, necessariamente, na extinção dos seres humanos. Ressalte-se que o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado é verdadeira Norma *jus cogens*, isto é, Norma Imperativa do Direito Internacional, a qual não admite derrogação, seja pela Ordem Interna, seja pela Ordem Internacional. Assim, a ampliação não planejada de exploração mineral em área de proteção ambiental qualificada na Amazônia, como a RENCA, ensejará grave lesão ao meio ambiente e, conseqüentemente, a toda humanidade, razão pela qual o ato impugnado deve ser anulado³².

A aludida Ação Civil Pública (sob o número 1000584-04.2017.4.01.3100) tramitou na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amapá, e a sentença proferida em 05 de abril de 2018 extinguiu o feito, sem análise do mérito, com base no artigo 485, VI do CPC/15. A aludida decisão fundamentou-se no fato de que o Decreto nº 9.147, rebatido pelo MPF, foi revogado pelo Decreto nº 9.159 de 2017, tendo ocorrido, portanto, a perda superveniente do objeto da ação. De qualquer forma, é interessante notar que a sentença não utilizou o termo “ecocídio” em nenhum momento, tendo sido cautelosa ao abordar os

³² BRASIL. **Ação Civil Pública nº 1000584-04.2017.4.01.3100** – Proposta pelo Ministério Público Federal no Amapá em desfavor da União e da Agência Nacional de Mineração - ANM, objetivando provimento judicial que determine a “suspensão dos efeitos o Decreto nº 9.142, de 22/8/2017 para sustar a extinção da Reserva Nacional do Cobre e seus Associados”. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcesso/Detalle/listProcessoCompletoAdvogado.seam?id=115929&ca=f106be201f02adf29f01edb6ce20a6d27c6b63ea0dc5cc2995b228a6996fc1ef3d098f8c694ab925e14ca0e8a0aabdbb>. Acesso em: 01 maio 2018.

possíveis danos ambientais, justamente em razão dos fatores já apontados a respeito da polêmica inserção do ecocídio como um crime no Estatuto de Roma.

Mas o que foi efetivamente proferido nesse documento? Houve reconhecimento do ecocídio como crime contra a humanidade? Haveria possibilidade de a Procuradoria do TPI interpretar extensivamente? Em verdade, não. De início, o documento esclarece sua finalidade em demonstrar as considerações orientadoras ao exercício discricionário da acusação do TPI na seleção e priorização de casos para investigação e processamento³³.

Em seguida, o *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, emitido pelo escritório do Procurador Fatou Bensouda, elucida que não tem o condão de originar novos direitos e está sujeito a revisão com base na experiência, à luz da jurisprudência em evolução e a quaisquer alterações relevantes aos textos jurídicos do Tribunal³⁴.

Esse documento dá publicidade aos princípios que devem guiar e embasar a atuação da Procuradoria do TPI na seleção dos casos e também estabelecendo os critérios legais de atuação na seleção de investigação e processamento – jurisdição, admissibilidade e interesses da justiça. Ele ainda determina os critérios de seleção de casos: a gravidade do crime, o grau de responsabilidade dos acusados, e o fato de que as acusações devem representar os principais tipos de vitimização das comunidades afetadas.

No tocante aos critérios de seleção de casos, ao constituir a gravidade do crime como o primeiro deles, o Tribunal Penal

³³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (PCSP)**. Office of the Prosecutor, 2016. p. 03. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

³⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (PCSP)**. Office of the Prosecutor, 2016. p. 03. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

Internacional determinou a estratégia objetiva de focar as investigações e os processos, em princípio, nos mais sérios crimes que preocupam a sociedade internacional como um todo. Nesse ponto, no item “41”, o documento prevê que:

41. The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land³⁵.

Por conta disso, “a number of civil society groups have welcomed the release of the PCSP as an environmental watershed. However, significant barriers, including limits imposed by ICC jurisdiction, remain”³⁶. De fato, mesmo não havendo a tipificação de um novo crime pelo documento emitido, o foco na proteção do meio

³⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (PCSP)**. Office of the Prosecutor, 2016. p. 04. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

Tradução livre: O impacto dos crimes deve ser avaliado à luz, inter alia, do aumento da vulnerabilidade das vítimas, do terror subsequente instalado, ou dos danos sociais, econômicos e ambientais infligidos nas comunidades afetadas. Nesse contexto, o Escritório dará especial atenção ao processamento de crimes previstos no Estatuto de Roma que sejam cometidos por meio, ou resultem em inter alia, na destruição do meio ambiente, na exploração ilegal de recursos naturais ou na desapropriação ilegal de terras.

³⁶ ANTON, Donald K. Adding a Green Focus: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Highlights the 'Environment' in Case Selection and Prioritisation. **31 Australian Environment Review (Forthcoming)**. Griffith University Law School, n. 17-03, p. 1-13, 2016. p. 02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2879775>. Acesso em: 24 abr. 2018. p. 01. Tradução livre: Vários grupos da sociedade civil saudaram a divulgação do PCSP como um marco ambiental. No entanto, significativas barreiras, incluindo limites impostos pela jurisdição do TPI, permanecem.

ambiente existente no *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* é um importante avanço no Direito Internacional.

Ocorre que, mesmo possuindo destaque, o tópico 41 do documento é limitado pelo próprio Estatuto de Roma. Como enquadrar condutas gravosas ao meio ambiente em um dos crimes de competência do TPI? É louvável a iniciativa da procuradoria em elevar a questão ambiental a um critério de seleção de casos, todavia de que forma, na prática, é possível enquadrar tais condutas como um crime contra a humanidade? Até mesmo o crime de guerra que menciona o meio ambiente possui limites já apresentados.

Destarte, o principal argumento a ser levado em consideração na análise da possibilidade em processar condutas que gerem danos ambientais pelo TPI é o respeito ao princípio da legalidade e a vedação à analogia *in malam partem*, que estão presentes no próprio Estatuto de Roma, e impedem a ocorrência de uma interpretação extensiva para abarcar situações que não estão previstas na lei como um crime, erro que foi cometido pelo Tribunal de Nuremberg, criado para julgar condutas que antes não eram criminalizadas, tendo configurado um evidente desrespeito aos princípios do Direito Penal, tais como a reserva legal e anterioridade da lei penal.

Portanto, enquanto não ocorrer uma alteração no Estatuto de Roma, na forma dos artigos 121 e 122, sendo inserido o novo tipo penal do ecocídio, contendo uma clara explanação acerca do núcleo do tipo e seus elementos objetivos e subjetivos, não é possível ou mesmo admissível que um documento emitido pela procuradoria, meramente com função de orientar a seleção de casos, seja considerado uma forma de interpretação extensiva apta a enquadrar danos ambientais como crimes contra a humanidade, por ausência da tipificação legal exigida pelo Direito Penal e pelo próprio Estatuto.

Considerações finais

Embora sejam louváveis as iniciativas de incluir a tutela ambiental no Estatuto de Roma, em verdade, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que o Tribunal Penal Internacional venha a processar, julgar, e até condenar, crimes ambientais. Isso pois as características dos danos ambientais tornam-se incompatíveis com os elementos objetivos e subjetivos dos crimes de competência do TPI.

Nesse sentido, enquanto as maiores violações ao meio ambiente são praticadas por empresas transnacionais, o Estatuto de Roma só permite a responsabilidade individual, e não da pessoa jurídica. Além disso, mesmo havendo a possibilidade de se considerar a autoria mediata, de acordo com as normas do Estatuto, como aplicá-la a sociedades empresariais, que organizam-se através da coordenação e descentralização do poder? Essa teoria só é aplicável para situações em que o indivíduo comete o crime por coação de quem tem o controle direto da situação, sendo isso em uma empresa transnacional algo muito difícil de ser provado. Quanto maior a empresa, mais dificultoso demonstrar de onde veio a ordem que resultou em uma ação danosa ao meio ambiente.

Conforme observou-se ao longo do artigo, há inúmeras incompatibilidades lógicas entre o ecocídio proposto por Polly Higgins e o Estatuto de Roma. Até mesmo os crimes de guerra, que possuem menção expressa ao meio ambiente, no artigo 8, 2, b, iv, possuem elementos objetivos e subjetivos que dificultam sua aplicação prática, não possuindo precedentes.

Destarte, o respeito ao princípio da legalidade e a vedação à analogia *in malam partem*, que estão presentes no próprio Estatuto de Roma, impedem a ocorrência de uma interpretação extensiva para abarcar situações que não estão previstas na lei como um crime, erro que foi cometido pelo Tribunal de Nuremberg, criado para julgar condutas que antes não eram criminalizadas, tendo configurado um

evidente desrespeito aos princípios do Direito Penal, tais como a reserva legal e anterioridade da lei penal.

Dito isso, tendo em vista que o Tribunal Penal Internacional é um órgão com função judicante, e não legislativa, e enquanto os Estados membros, na forma dos artigos 121 e 122 do Estatuto, não se reunirem em uma Assembleia específica para revisão e edição de uma emenda compatível com o Estatuto de Roma, o TPI não será competente para processar e julgar condutas que geram danos ambientais, não estando, por óbvio, este Tribunal em condições de suplantar os demais Estados como órgão legislativo.

Referências

ANTON, Donald K. Adding a Green Focus: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Highlights the 'Environment' in Case Selection and Prioritisation. **31 Australian Environment Review (Forthcoming)**. Griffith University Law School, n. 17-03, p. 1-13, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2879775>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BORGES, Orlindo Francisco. **Direito Penal Internacional Ambiental**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 2.519, de 16 de março 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 1000584-04.2017.4.01.3100** – Proposta pelo Ministério Público Federal no Amapá em desfavor da União e da Agência Nacional de Mineração - ANM, objetivando provimento judicial que determine a “suspensão dos efeitos o Decreto nº 9.142, de 22/8/2017 para sustar a extinção da Reserva Nacional do Cobre e seus Associados”. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listProcessoCompletoAdvogado.seam?id=115929&ca=f106be201f02adf29f01edb6ce20a6d27c6b63ea0dc5cc2995b228a6996fc1ef3d098f8c694ab925e14ca0e8a0aabdbb>. Acesso em: 01 maio 2018.

FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**. v. 2, n. 2. São Paulo, 2005. p.118-145. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180664452005000100006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 out. 2020.

FREITAS, Gilberto Passos de. Direito Penal Ambiental. *In*: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (org.). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. v. 4. Barueri: Manole, 2005. p. 401-424.

GRAY, Mark. **The International Crime of Ecocide**. CWSL Scholarly Commons, 1995.

GOMES, Carla Amado. Apontamentos sobre a protecção do ambiente na jurisprudência internacional. *In*: **Elementos de apoio à disciplina de Direito Internacional do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2008.

HIGGINS, Polly. **Earth is our business**: changing the rules of the game. London: Shephard-Walwyn Ltd, 2012.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Policy Paper on Case Selection and Priorisation (PCSP)**. Office of the Prosecutor, 2016. p. 03. Disponível em: https://www.icccpi.int/itemsDocuments/20160915_OTPPolicy_CaseSelection_Eng.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

JACOBSSON, Marie G. Annex E – Protection of the environment in relation to armed conflicts. In: **Report on the work of the sixty-third session**. International Law Commission – United Nations, 2011. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2011/english/annex.pdf&lang=EFSRAC>. Acesso em: 23 mar. 2018.

JACOBSSON, Marie G. **Second report on the protection of the environment in relation to armed conflicts**. 67a Sessão. Genebra: International Law Commission – United Nations, 4maio-5jun e 6jul-7ago/2015. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/685>. Acesso em: 23 mar. 2018.

LAWRENCE, Jessica C.; HELLER, Kevin Jon. The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, The First Ecocentric Environmental War Crime. **Georgetown International Environmental Law Review (GIELR)**, v. 20, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979460. Acesso em: 24 abr. 2018.

LECEY, Eladio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). **Direito Ambiental em Evolução**. v. 1. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 37-52.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 61, jan./mar. 2011, p. 82-83.

WEISBERG, Barry. **Ecocide in Indochina**. San Francisco: Canfield Press, 1970.

A uniformização atual do comércio internacional através da CISG: comparativo entre Brasil e Portugal

The current uniformization of the international trade through the CISG: comparative between Brazil and Portugal

Valeska Alves Araújo Silva*

Natália Zomer Righetto*

Ana Paula Araújo de Holanda*

Resumo: A presente pesquisa estuda a Convenção de Viena, esclarecendo a necessária uniformização das compras e vendas mercantis internacionais para que, posteriormente, seja posta a análise de forma qualitativa no que concerne as relações internacionais, fazendo um comparativo entre Brasil e Portugal. Precipuamente, analisa-se a relação entre os ideais de Immanuel Kant frente ao Direito Internacional e Direitos Humanos para, posteriormente, o comparativo entre os países seja iniciado através de um estudo acerca de seus Códigos Civis, seguido de uma análise relativa aos tribunais dos dois países para que, por fim, seja mostrado a atuação da Convenção no âmbito da União Europeia e, conseqüentemente, a ausência de Portugal. Conclui-se que a Convenção mostra resultados indiscutivelmente positivos e, no Brasil, já se sabe que não há impasse entre o direito interno e a Convenção, enquanto espera-se a participação direta de Portugal.

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: valeeskalves@gmail.com.

* Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Pós-graduanda em Gestão Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Mestranda em Derecho Tributário pela Universidad Católica Argentina – UCA. E-mail: natalia.righetto@gmail.com.

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutora em Direito pela Universidade Rovira i Virgili - Espanha - URV. Membro da Comissão Científica do Diálogo ACI. E-mail: apaholanda@hotmail.com.

Palavras-chave: Brasil. CISG. Comércio Internacional. Convenção de Viena. Portugal.

Abstract: The present study analyses the CISG, clarifying the necessary uniformization of the international sales of goods, which is analyzed in a qualitatively way and through a comparative between Brazil and Portugal. Foremost, the connection among Immanuel Kant's ideals and International Law and Human Rights is examined, then the comparative between countries is initiated through a study of their Civil Codes, followed by an analysis of the courts of the two countries to finally show the Convention's performance within the European Union and, consequently, the absence of Portugal. It concludes that the Convention shows positive results and, in Brazil, it is already known that there is no impasse between domestic law and the Convention, while Portugal is expected to participate directly.

Keywords: Brazil. CISG. International Trade. Vienna Convention. Portugal.

Introdução

As compras e vendas mercantis realizadas a nível internacional são a base para o desenvolvimento da globalização, porquanto as parcerias comerciais tendem a ser duradouras, incentivar a troca de culturas e, inclusive, do turismo entre seus habitantes. É incontestável a necessidade latente, nesta época em que se vive, de manutenção das relações comerciais existentes entre os países.

Além da simples manutenção, se torna cada vez mais essencial a criação de facilidades para que tais negociações ocorram sem dúvidas, conflitos ou litígios. Esta tranquilidade tende a ser de difícil alcance, quando não utópica, ao se considerar as diferenças jurídicas experimentadas em cada um dos países do globo, os quais possuem seus costumes, leis, jurisprudências e doutrinas.

Atentando-se, portanto, a imperiosa necessidade de prosseguir com o crescimento do comércio internacional, aliado às boas práticas e

segurança jurídica, se socorre ao meio mais idôneo para amparar os Estados soberanos envolvidos em negociações: um direito comum a todos, alcançável pela adesão à Convenção de Viena das Nações Unidas para a Compra e Venda Mercantil (CISG), garantindo que estes, e seus comerciantes, tenham diretrizes claras e práticas.

A presente Convenção já é utilizada amplamente em escala mundial, inclusive em solo brasileiro, onde vem, a cada dia, expandindo sua atuação, porém alguns países ainda se apresentam como exceções a esse direito em ascensão. Um dos países que ainda não regulado pela CISG é Portugal, nação-irmã do Brasil, o qual muito teria a se beneficiar pela adesão a essa, conforme será visto no transcorrer desse artigo.

O exposto artigo é estruturado a partir do método dedutivo de pensamento, respeitando a natureza qualitativa e se valendo a partir de técnica documental e bibliográfica através da análise de outros artigos científicos, livros, legislações, ensaios virtuais, etc. Para tamanho, o presente estudo foi separado em tópicos a fim de obter um raciocínio lógico e sensato para que seja possível a compreensão do senso utilizado. É iniciado, portanto, através de uma pesquisa sobre a importância da Paz Perpétua de Kant no Direito Internacional para que, posteriormente, seja analisado o assunto central.

1 A ideia de uniformização do comércio internacional por intermédio da CISG

O avanço das sociedades, juntamente com as relações por elas mantidas, resultou no cenário político onde a guerra entre Estados não poderia mais ser tida como tolerável, legítima e, tampouco, juridicamente aceitável. Tal desdobramento apresenta a nova concepção na qual a guerra, e seus malefícios, mostram-se superiores às calamidades vividas pela situação a ser enfrentada.

1.1 A ideia da Paz Perpétua frente ao Direito Internacional e os Direitos Humanos

À Paz Perpétua, de 1795, foi uma das últimas obras publicadas por Immanuel Kant, e, em seu texto, foi engendrado um tratado de paz, que deslindou acerca das premissas essenciais e capazes de extinguir os pretextos ensejadores de guerras entre Estados. Nesse trabalho, o filósofo almejou alcançar o cenário mais ideal possível à manutenção de uma paz longa entre os países, o qual só poderia ser realizado através da moral fundamentada nas leis.

Nesse diapasão, o pensador considerou duas vertentes basilares ao Estado: a nacional e a internacional, compreendendo não bastar a evolução de uma em detrimento da outra, sendo necessária a plena atenção em ambas. Na primeira das áreas, a nacional, Kant compreendia ser essencial a criação de uma Constituição republicana como requisito preparador dos Estados à adequação internacional.

Ato contínuo, Kant, calcado em seu pensamento iluminista, sugeria uma Constituição supranacional como fonte incontestável dos direitos individuais. Com esta lição, buscava alcançar uma federação de Estados Livres e um direito cosmopolita aplicável a estes. Portanto, para Kant, a realização do direito público se mostra de extrema relevância nos seus diversos âmbitos, tendo que o direito internacional está ligado diretamente a um estado civil entre Estados. Em suas palavras:

A Constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos); e, em terceiro lugar, segundo a lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos), é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que

se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a Constituição republicana¹.

Com o avanço das relações entre países, se vem buscando proximidade ao ideal criado por Kant: um direito que resguarde os envolvidos e, assim, evite conflitos e guerras. Neste percurso, denominou-se como “Direito das Gentes”, ou “Das Nações”, o direito público que tem como escopo a criação de um complexo de normas aplicáveis aos direitos individuais e que fossem observadas de forma recíproca entre os Estados envolvidos.

Na atualidade, o “Direito das Gentes” se tornou sinônimo de direito internacional Público e deve ser pactuado, sempre, com base no consentimento e livre vontade das partes, respeitando a boa-fé e, principalmente, atentando-se ao princípio basilar do direito contratual, que se encontra insculpido na máxima *pacta sunt servanda*.

O efetivo avanço na padronização de tais direitos individuais se deu apenas após o ano de 1948, após a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pelos países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU). À época, as negociações enfrentaram severas divergências nos âmbitos da política, economia, religião e filosofia em função da participação de Nações tanto do Oriente, quanto do Ocidente, detentoras de concepções culturais conflitantes.

A Declaração Universal, por tratar-se de documento com efetiva aplicação entre os países-membros, torna os pressupostos dos direitos humanos realmente universais, visto que devem ser observados e analisados sob a ótica dos critérios morais e normativos estipulados no seu escopo. Verifica-se, por consequência, que este é um dos documentos jurídicos mais importantes dentre todos aqueles criados na civilização atual.

¹ KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Um Projecto Filosófico. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 11. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

Incontestavelmente, as barreiras históricas e culturais que se encaixem em definições medievais, tais quais aquelas que possuem apelo à soberba, discriminação, indiferença e exclusão, precisam ser ultrapassadas e postas de lado. Para isso, apoia-se na evolução da ética e moral, dando ênfase aos direitos humanos, que deverão ser aplicados de forma igual a todos aqueles que sejam semelhantes. Por derradeiro, aponta-se que em muito a Declaração Universal já auxiliou e nesse mesmo caminho deverá continuar trilhando, buscando, sempre, criar uma perspectiva futura mais humanitária, justa e digna.

Eis aqui a indiscutível relação da Paz Perpétua e a Convenção de Viena de 1980, sendo praticamente insensato abordar um tema relacionado ao direito internacional e que, ainda, aborde uma linhagem de paz ou, pelo menos, um meio mais coerente para evitar conflitos como o seu maior objetivo sem que seja introduzido com a presença da obra em questão. É necessária a reflexão exposta por Kant para que o assunto principal do presente trabalho seja analisado de forma constituída.

1.2 A CISG como forma de escolha de lei aplicável

Na esfera do direito internacional privado, a autonomia da vontade diz respeito às partes poderem optar por qual direito será aplicado em um contrato, ou seja, é a própria vontade manifestada pelas próprias partes vinculadas a um negócio jurídico de esfera internacional. Entretanto, a liberdades dos contratantes possuem limitações e merecem respaldo no presente estudo.

Partindo para a supracitada esfera, ressalta-se que, nesse, as partes dispõem de autonomia para contratar com base nas suas vontades e, assim, optar pelo direito que será aplicável à negociação, o qual deverá ser analisado de forma atenta pelos magistrados envolvidos em possível litígio judicial. Ressalta-se que as vontades particulares deverão, apenas, respeitar os limites razoáveis ao livre arbítrio, dado o interesse direto dos seus Estados soberanos.

Estes ditos limites razoáveis ao livre arbítrio estão enquadrados em três âmbitos Jacquet², sendo eles: *i*) o princípio da autonomia como um meio para designação da lei estadual aplicável a um contrato internacional; *ii*) a autonomia como permissão às partes subtraírem o seu contrato ao direito estadual; e, por último, *iii*) a autonomia da vontade como um instrumento de melhoria ao direito, dada a aniquilação dos conflitos de leis.

Ademais, o princípio da autonomia da vontade possui como missão se tornar uma regra de conexão entre as partes, concedendo-as o arbítrio para transacionar da melhor forma que lhes for possível, ainda que sem acatar expressamente os modelos impostos por leis. Com isto, ocasiona-se a aplicação de um supérriimo princípio que passa, ao menos em arbitragens internacionais, a ser regulado por normas jurídicas extraestatais como a *lex mercatoria* ou o direito internacional privado.

No que tange às negociações de mercadorias pela compra e venda no âmbito internacional, a norma jurídica mais capaz de regulá-las com precisão e uniformidade é a Convenção de Viena das Nações Unidas para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), de 1980. Entretanto, as partes ficam desobrigadas a utilizá-la em todas as negociações, como posto no art. sexto da própria Convenção, podendo, para tanto, optar por outras fontes reguladoras³.

O cenário nacional, em contraponto, possui grande limitação ao poder do livre arbítrio contratual, como verifica-se na Lei nº 9.307/96, a qual aponta que a arbitragem na solução de litígios contratual poderá ser realizada até determinado ponto, a partir do qual será ceifada a observância aos interesses dos envolvidos. Desta forma, verifica-se a existência de uma

² JACQUET, Jean-michel. **Principe d'autonomie et contrats internationaux**. Paris: Economica, 1983. p. 187.

³ UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Viena. 1980. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

grande defasagem ao poder de escolha em solo brasileiro frente às possibilidades abertas nas regulamentações internacionais⁴.

Por derradeiro, é imperioso que a legislação nacional seja atualizada e adequada aos progressos observados em nível mundial, aniquilando todos os entraves jurídicos e burocracias que causem prejuízo à autonomia das partes. Pois, no que concerne a compra e venda de mercadorias internacionais, a Convenção de Viena está fazendo seu papel.

2 A CISG no âmbito Brasil e Portugal

De forma fática negociações entre Brasil e Portugal são menos frequentes que outrora. Uma parte deste problema é verificada pela inexistência de norma reguladora comum e apta a legislar de forma clara, concisa e prática sobre as possíveis relações comerciais, dificultando, assim, suas manutenções.

Enraizar os vínculos entre esses países em muito iria beneficiá-los, pois possibilitaria a geração de riqueza e maior relevância comercial dessas à nível mundial. Atentando-se a essa necessidade, estuda-se a CISG como norma reguladora dos contratos de compra e venda mercantis celebrados entre Estados, apontam-se os benefícios trazidos pela Convenção ao Brasil e, ainda, pontua-se a essencial adesão e ratificação por parte de Portugal.

2.1 O Código Civil Brasileiro e Português em contraste com a CISG

Apesar da relação de proximidade cultural, histórica e a identidade da língua, a ligação entre Brasil e Portugal tem sido menos

⁴ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

amiudada do que poderia e, inclusive, deveria. Aprofundá-las trará, sem dúvida, benefício para ambos os lados do Atlântico.

A CISG se baseia fortemente em imprescindíveis cânones hermenêuticos, os quais se mostram deveras relevante à sua aplicação e lisura. Estes princípios interpretativos se encontram presentes no artigo sétimo desta Convenção, onde ressaltam-se: o caráter internacional, a necessária uniformização e o respeito a boa-fé. Lê-se:

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado⁵.

É relevante que se compreenda a boa-fé, na CISG, meramente como um cânone hermenêutico, diferentemente do cenário brasileiro. Em solo nacional, toma-se a boa-fé como *standard* de lealdade e confiança a ser seguido pelas partes; não apenas como técnica interpretativa. Esta visão foi abarcada ao ordenamento brasileiro pelo Código Civil, juntamente com diversos outros avanços, tais como a compreensão de uma função social respectiva a cada contrato celebrado⁶.

Ultrapassando o parâmetro hermenêutico da boa-fé, adentra-se em outro importantíssimo critério abordado pela Convenção: a constitucionalização do direito civil através da hermenêutica pautada no método tópico-problemático. Essa averiguação deverá ser feita, por

⁵ UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Viena, 1980. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro. **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 121.

lógico, com respeito e apreço a soberania e força normativa da Constituição, não se podendo tratá-la como mero instrumento diretivo sem força vinculante.

Pelo contrário, as normas constitucionais ultrapassam o mero critério interpretativo e se impõem sobre a legislação infra. Como assim é, a Constituição apresenta limites reais e obrigatórios, os quais deverão ser observados pelos legisladores, sob risco de criarem normas inconstitucionais e inválidas, frente ao conflito com o ordenamento ao qual estarão inseridas.

É de bom grado ressaltar que a dita constitucionalização não implicará em ceifar a importância do Código Civil como o centro de um sistema, posto que nele permanecerão as diretrizes básicas ao Direito Comum brasileiro. Este continuará sendo o centro gravitacional de todos os microsistemas jurídicos, tais quais o imobiliário, da criança e adolescente, do consumidor, etc. Entretanto, em interpretação tópico-problemática do direito civil, prevalece aquela que se mostrar mais condizente com os preceitos constitucionais.

Muito embora a CISG trate, igualmente, de relações contratuais, não há conflito verificável com a constitucionalização do direito privado. Isto se dá, pois, como tratado internacional sem disposições sobre direitos humanos, a Convenção se insere no ordenamento jurídico com hierarquia infraconstitucional, enquanto as normas pátrias terão sua eficácia plena e à nível constitucional. Por óbvio, a CISG deve manter seus princípios e interpretação autônoma, mas respeitará os limites e garantias impostas através do texto constitucional.

A Convenção de Viena e o Código Civil teriam, portanto, destinatários distintos e campos de aplicação autônomos. O que se faz necessário é o esforço hermenêutico de cada juiz na aplicação do instituto correto aos casos que lhes forem apresentados. Nesse influxo, um cenário ideal com a constitucionalização do Código Civil e a concomitante aplicação da CISG traria inúmeros benefícios à nação brasileira.

No que concerne à Portugal, esse necessita de grande renovação em seu ordenamento jurídico contratual, posto que ainda, sequer, é signatário da CISG. O único avanço intentado por esse foi realizado com base no local geográfico onde está inserido: a União Europeia, espaço plurinacional de 28 Estados que dividem um continente, no qual vem crescendo cada vez mais uma ação harmonizada pela uniformização do direito relativo aos contratos⁷.

O cenário europeu se mostra mais avançado que aquele vivido exclusivamente por Portugal, mas tal situação só foi alcançada após inúmeras tentativas frustradas de uniformização do direito privado continental. Em 1980, iniciou a era-Convenção de Roma, na qual ficaram dispostas as obrigações assumidas pelas partes na celebração de contratos no âmbito do direito internacional.

A Convenção de Roma prevê a liberdade de escolha – implícita ou explícita – das partes como o princípio básico norteador sobre a lei aplicável na negociação em pauta. Assim, as partes mantêm o poder de escolha a respeito da forma pela qual as questões cruciais do contrato serão analisadas, posto que determinarão qual legislação realizará o cotejo destas.

Tendo-se ciência da ausência de assinatura e ratificação, por Portugal, à CISG, o trabalho de análise aos contratos internacionais sobre compra e venda de mercadorias deverá ser realizado em conjunto com o levantamento da legislação aplicável ao caso, posto existirem ditames dados pela Convenção de Roma, bem como estipulações próprias no ordenamento jurídico interno português.

Assim, apresentam-se dois blocos interpretativos acerca da legislação aplicável: *i)* as disposições conflitais do Regulamento de Roma I, regulamento da União Europeia, no qual é constituído um conjunto de disposições, designadamente em matéria de conflitos, que

⁷ COELHO, Fábio Ulhôa; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 124.

são aplicáveis por todos os tribunais judiciais dos Estados que são membros, seja em matéria cível ou comercial; e *ii*) as disposições conflituais do Código Civil. O Regulamento de Roma I se trata de um.

Em síntese, quando a ação judicial sobre os contratos internacionais de compra e venda for proposta no tribunal de algum Estado-membro da Convenção de Roma, será aplicado o Regulamento de Roma I, ainda que a lei substantiva do caso, escolhida por livre decisão, seja a legislação de algum Estado não-membro. De forma residual, as normas do Código Civil português serão aplicáveis apenas quando as do Regulamento de Roma I não o forem.

Esse sistema de aplicação não diverge das normas postas pelo Código Civil português, pois, em síntese, esse diploma legal prevê que as partes poderão: *i*) dispor sobre as leis aplicáveis às obrigações contratuais; *ii*) a opção recairá apenas sobre lei que equivalha a interesse relevante dos declarantes ou quando o ponto possuir conexão com elemento abrangido no direito internacional privado; e *iii*) em matéria contratual, inexistindo determinação sobre legislação competente, será aquela de residência habitual e comum – não existindo, aplica-se a lei do local de celebração⁸.

Nesta toada, verifica-se que o Código Civil português e o Regulamento de Roma I não apresentam conflito aparente, visto que o primeiro será aplicável apenas quando o segundo não for. Por derradeiro, a saída mais viável ainda se mostra a assinatura e ratificação da CISG por Portugal, conferindo maior certeza no caminho a ser seguido quando apresentarem-se conflitos acerca de contratos internacionais.

⁸ PORTUGAL. **Decreto-Lei n° 47344, de 25 de novembro de 1966.** Código Civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tab_ela=leis&so_miolo=. Acesso em: 12 out. 2020.

2.2 Vantagens trazidas ao Tribunal brasileiro passíveis de extensão a Portugal

De maneira que a CISG possa ter sua aplicação correta, mantendo seu caráter unificador, precisa-se analisar a forma pela qual adentrará no judiciário brasileiro, o qual deverá estar aberto à experiência inédita de seu acolhimento, análise e aplicação. Entretanto, inúmeros casos decorrentes do comércio mundial não chegam ao Tribunal Superior brasileiro, seja por foro arbitral em sede estrangeira, pela resolução do conflito através de outra forma de composição ou pelo esclarecimento permanente da questão nas instâncias inferiores.

Além da busca pela uniformização dos julgados e garantia à segurança jurídica, outro relevante ponto acerca da praticidade trazida pela CISG mostra-se, justamente, na sua inserção ao ordenamento jurídico brasileiro. Se assim é, não há necessidade de homologação do Superior Tribunal de Justiça para sua efetiva aplicação em território nacional.

Explica-se. Para que um provimento estrangeiro, judicial ou arbitral, tenha validade em solo nacional, faz-se necessário que o Superior Tribunal de Justiça o homologue e, conseqüentemente, aceite-o como compatível à legislação e costumes pátrios, competência outorgada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Ao passo em que as questões referentes à CISG já estarão, automaticamente, incorporadas à legislação pátria, outorgando-lhes validade plena.

Tão logo recebeu a incumbência de homologação, anteriormente conferida ao Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a Resolução do Superior Tribunal de Justiça número 09, de 4 de maio de 2005, a qual, em seu art. sexto, dispõe sobre os requisitos essenciais para validação:

Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III - ter

transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil⁹.

O mesmo dispositivo descreve, ainda, os pressupostos que causam óbice à homologação: “Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública”¹⁰. Os pressupostos para aceite dos contratos internacionais, em função da legislação pátria, são cruciais quando o assunto é a escolha da lei aplicável.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça vem compreendendo que acaso o direito de outro país, trazido para homologação, for incompatível com o direito e à ordem pública brasileira, o reconhecimento poderá ser negado total ou parcialmente, alterando o provimento originário via sentença dada no momento da homologação ou tornando-a de impossível execução.

O interesse das partes em adotar a CISG como direito aplicável há de ser acentuado em função destas problemáticas vivenciadas quando busca-se trazer uma disposição estrangeira para aplicação em território nacional. A ratificação da CISG elimina o risco de que a interpretação de leis estrangeiras como adequadas, ou não, fique à mercê de magistrados e, assim, coloquem em risco toda a estruturação contratual pretendida.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005**. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005**. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Nesse momento, é de extrema relevância apontar os possíveis benefícios trazidos pela assinatura e ratificação da CISG aos tribunais portugueses na solução dos litígios provenientes de contratos celebrados entre partes que residam em território estrangeiro ou, igualmente, um litígio que demonstre outros elementos de estraneidade – local da celebração ou execução contratual – à ordem jurisdicional portuguesa. Ou seja, as vantagens à sua competência sobre matéria internacional.

Ressalta-se que, para fins de domicílio, considera-se portuguesa a pessoa coletiva cuja sede estatutária ou efetiva esteja localizada em solo de Portugal, ou que, nesse, tenha sucursal, agência, filial ou delegação, nos termos do número 2, art. 65¹¹, do Código de Processo Civil português. Ademais, o mesmo art. 65 regula a matéria no que diz respeito às obrigações dos contratos.

Infere-se desta leitura que a competência dos tribunais portugueses, em matéria internacional, depende dos seguintes pressupostos: *i)* que um dos réus esteja em superfície portuguesa, salvo em ações que versem sobre direitos reais ou pessoas que detenham propriedade de imóveis em solo estrangeiro; *ii)* a ação deverá ser proposta em Portugal, nos termos da lei portuguesa; *iii)* o fato que dê causa de pedir à ação, ou um dos fatos que a integram, deve ter ocorrido em Portugal; e, por fim, *iv)* o direito pleiteado só será efetivado via ação proposta no país, ou existindo óbice à propositura no estrangeiro, quando o objeto de litígio e a ordem judicial nacional possuam vínculo de conexão, tanto pessoal, quanto real.

Nesta toada, verifica-se que a utilização da CISG garante imensa solidez e segurança aos acordos realizados, porquanto o contrato não estará mais à margem da compreensão e análise dos magistrados sobre diferentes leis e métodos. Isto, pois, a utilização de uma legislação comum possibilita uma prévia análise de suas reais

¹¹ PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 26 ago. 2018.

consequências e efetividade. Tal segurança poderia ser alcançada em solo português, ofertando a simplicidade e segurança da CISG às empresas de Portugal, as quais não mais enfrentariam incertezas e caminhos tortuosos no tocante a este assunto.

2.3 A CISG na esfera da União Europeia e a inexistente adesão de Portugal

Uma das razões pelas quais Portugal ainda não assinou e ratificou a CISG se dá em função da sua opção pelo Direito Europeu Comum de Vendas (CESL), o qual possui disposições conflitantes em relação àquela. Esta escolha fundou-se em três pontos principais: *i)* o CESL possui aplicação mais vasta dentro da União Europeia; *ii)* a CISG não aborda a venda aos consumidores e outros assuntos tidos como relevantes; e *iii)* a CISG não conta com um sistema judicial supranacional que lhe garanta interpretação uniformizada.

Tais argumentos são facilmente rechaçados ao demonstrar-se, respectivamente, que: *i)* atualmente, apenas quatro membros da União Europeia não aderiram à CISG, os quais vêm repensando seus posicionamentos; *ii)* seria inviável a integração destes assuntos à CISG, posto que não são definidos por consensos universais; e *iii)* a formação de um sistema judiciário supranacional para a aplicação da CISG reduz o seu apelo de aplicação e, por consequência, a participação dos Estados.

No mais, a CESL deve à CISG nos quesitos estrutura geral e disposições específicas, haja vista que esta pode ser interpretada com base unicamente em suas disposições, porquanto aptas para tanto; enquanto a CESL poderá exigir uma interpretação aprofundada e uma análise pontual, ensejando riscos por entendimentos diversos dos imaginados.

No que tange ao alcance geográfico da CISG, 24 Estados-Membros da União Europeia já realizaram a assinatura e ratificação desta, dentre eles, os principais parceiros comerciais de Portugal,

inclusive aqueles com localização externa ao continente europeu. Isto posto, verifica-se que Irlanda, Malta, Portugal e Reino Unido são as exceções europeias à CISG.

Sobre estas exceções, ainda em 1992, a Comissão Irlandesa da Reforma jurídica já havia sugerido a adoção da CISG, tendo, em 2011, reiterado esse posicionamento via relatório oficial, apontando a ainda necessária adesão à Convenção. O Reino Unido discute de forma extensiva a sua adesão ou não à CISG, porém os motivos que impedem a assinatura da Convenção não são necessariamente relevantes aos demais países. Malta, por sua vez, segue sem um posicionamento oficial.

Atualmente, os Estados da União Europeia que aderiram a CISG estão realizando uma revisão sobre as suas declarações internas sobre esta, buscando reduzir cada vez mais as burocracias internas envolvidas na sua aplicação. A Dinamarca, Finlândia e a Suécia tornaram-se parte da II da CISG. Ao passo em que a Letônia e a Lituânia retiraram a exigência pelo uso de uma forma escrita para os contratos de venda internacional de mercadorias.

A CISG é um direito comum para a venda de bens na Europa em sua totalidade, se estendendo, inclusive, aos menores e menos ativos países, como Bósforo e Urais. Assim, vê-se que Portugal representa uma exceção surpreendente, ainda que se considerando o histórico tradicionalista e conservador dessa nação.

Duas são as grandes polêmicas ao considerar-se a não assinatura por Portugal à CISG, sendo a primeira delas vinculada ao fato de o país ter tanto nos trabalhos preparatórios da CISG, quanto na conferência diplomática de 1980, a qual instaurou a Convenção de forma oficial. A segunda, envolve o fato de 8 dos 10 principais parceiros comerciais de Portugal são signatários da CISG, como o caso

da Espanha (1991), Alemanha (1991), Brasil (2014) e China (1988), conforme pontuado anteriormente¹².

Dado o fato de os parceiros comerciais de Portugal já terem aderido à CISG, as empresas lusitanas já estão, indiretamente, expostas à Convenção, porém não podem se beneficiar dos conhecimentos técnicos e práticos trazidos pela sua ratificação oficial. A possível adesão na atualidade se mostraria de bom grado e em bom momento, posto que chegaria em tempo de agradecer os, aproximados, 30 anos de aplicação prática da CISG, sem contar as vantagens práticas oferecidas por esta.

Atentando-se a função uniformizadora da Convenção, os empresários portugueses poderiam contar com um instrumento formulado para evitar as incertezas da metodologia rotineira aplicada às resoluções de conflito em leis, contratempo clássico no direito internacional privado. Exemplifica-se. Havendo um litígio baseado na exportação de determinada mercadoria de Portugal com destinação à China, se esta compra e venda se pautar por regras comuns às duas Nações, evita-se que as partes percam dinheiro, tampouco tempo, discutindo sobre o direito aplicável.

Ademais, a CISG prevê hipóteses para a quebra do contrato, elencando situações extremas para que ela ocorra, como o inadimplemento motivo suficiente para frustrar uma das partes. Isto é, a CISG contempla todas questões essenciais ao bom funcionamento de relação comercial entre partes; as quais, até então, não possuíam sequer conhecimento do direito e pormenores aplicados pela outra. Fato suficientemente capaz de assegurar segurança e tranquilidade, posto que as regras estarão claras para os envolvidos.

Com a assinatura e ratificação de Portugal, o qual não possui quaisquer motivos para não proceder desta forma, os comerciantes

¹² BIDAUI, João Ribeiro; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Portugal e a Convenção de Viena (CISG): um casamento inadiável**. 2017. Disponível em: <http://observador.pt/opiniao/portugal-e-a-convencao-de-viena-cisg-um-casamento-inadiavel/>. Acesso em: 22 ago. 2018.

portugueses não mais precisarão preocupar-se em conhecer todas as legislações e línguas existentes no continente europeu; necessitarão, apenas, consultar as regras da Convenção de Viena de 1980 em sua língua pátria.

Portugal mostra-se como uma das poucas exceções no rol das importantes nações ainda à margem do direito uniforme, porém em muito engrandeceria com a sua assinatura. Acaso a CESL tenha sido uma boa saída, em algum momento, contemporaneamente a CISG se apresenta como o meio mais apto e capaz de uniformizar o direito de compra e venda internacional, posto possuir abrangência mundial e ilimitada, diferentemente daquele. Se assim é, uma legislação uniforme e aplicável mundialmente apresenta-se como a quebra de diversas barreiras comerciais, culturais e geográficas.

Considerações finais

Verifica-se que a CISG apresenta uma evolução no ordenamento jurídico internacional, tendo em vista possibilitar a uniformização do direito acerca dos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados em Estados soberanos. Esse direito uniforme foi abarcado no sistema jurídico brasileiro através da assinatura e ratificação da Convenção que, agora, se encontra enquadrada como norma de hierarquia infraconstitucional, considerando não versar sobre direitos humanos.

Considerando o grande movimento mundial em direção à celebração de contratos e relações mercantis, as Nações que ignorarem esse direito uniforme tendem a se prejudicar, dado que criarão entraves e complicações à outra parte envolvida. Neste sentido, países desenvolvidos e em desenvolvimento vem aderindo à CISG como forma de romper barreiras e facilitar as relações.

Em análise às questões ventiladas anteriormente, observa-se que Portugal representa uma ausência injustificada a assinatura e ratificação da Convenção de Viena, posto não existirem quaisquer óbices para isto. Se assim é, recomenda-se que esta ocorra tão logo

possível, visando-se encerrar estas décadas de brecha na atuação da Nação portuguesa frente ao maior documento uniformizador do direito de compra e venda internacional que se possui atualmente.

Ademais, a CISG é competente para solucionar divergências judiciais, considerando-se que as partes entrarão nas relações comerciais mais conscientes; paralelamente, o magistrado responsável pela atuação terá pleno conhecimento acerca da legislação aplicável, posto tratar-se de norma comum vigente internacionalmente. Portugal, seguindo nesta linha, peca acerca da jurisdicionalização das demandas provenientes desse viés jurídico, basta analisar o imenso conflito de competências judiciais ressaltados anteriormente – um problema facilmente rechaçável pela aplicação da Convenção.

A Convenção de Viena de 1980 oferta uma interessante alternativa ao cenário jurídico atual: eliminam-se barreiras legislativas e linguísticas, criando uma via simples e de conhecimento global para viabilizar as compras e vendas internacionais. Não se trata de um código substituto aos códigos civis nacionais; pelo contrário, o que se busca é a complementação adequada das regulamentações de cunho internacionais que seja de amplo conhecimento e capaz de dissipar barreiras.

Nesse sentido, Portugal deve seguir os mesmos trilhos dos outros países europeus que se inclinam à adesão da CISG, colaborando com a unificação do direito dos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias. Com a compulsiva assinatura dos países que ainda insistem em isolar-se desta tendência mundial, todos sairão beneficiados com as facilidades e possibilidades criadas.

Referências

BIDAUI, João Ribeiro; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Portugal e a Convenção de Viena (CISG): um casamento inadiável**. 2017. Disponível em: <http://observador.pt/opiniao/portugal-e-a-convencao-de-viena-cisg-um-casamento-inadiavel/>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

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/2002/11/0406compilada.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005.** Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/legislacao/doc.jsp?livre=cartas+rogat%F3rias&&b=LEGI&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em: 20 ago. 2018.

COELHO, Fábio Ulhôa; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

JACQUET, Jean-Michel. **Principe d'autonomie et contrats internationaux.** Paris: Economica, 1983.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua.** Um Projecto Filosófico. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro. **A CISG e o Brasil:** Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sectio>

[ns/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-de-processo-civil/](#). Acesso em: 26 ago. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966.** Código Civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 12 out. 2020.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods.** Viena. 1980. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.

O Acordo de Paris e a Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) sobre o desmatamento: a omissão do Estado brasileiro com o Cerrado

Paris Agreement and the Nationally Determined Contribution (NDC) on deforestation: the omission of the brazilian State with the Cerrado

Simone Hegele Bolson*

Ângela Issa Haonat*

Resumo: O Acordo de Paris é uma convenção internacional sobre as mudanças climáticas cujas Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDC) expressam o compromisso de cada Estado Parte com a diminuição da emissão dos gases de efeito estufa. Junto com os instrumentos de combate e prevenção ao câmbio climático, previstos na Política Nacional sobre Mudança Climática (Lei 12.187/2009) a adoção de metas como a do desmatamento zero na Amazônia visa contrapor-se aos efeitos deletérios das mudanças climáticas. Tal meta, contudo, desconsidera que é o Cerrado, hoje, o bioma mais desmatado no Brasil. Pretende-se analisar essa meta nacional e a ausência em seu texto de projeção em relação ao Cerrado. O método utilizado é o bibliográfico-documental, associando-se o texto legal à pesquisa empírica divulgada sobre os índices de desmatamento, buscando atestar-se a omissão do Estado brasileiro em um documento internacional que já é considerado um dos mais relevantes na seara ambiental.

Palavras-chave: Mudanças climáticas. Acordo de Paris. Contribuição Nacionalmente Determinada. Desmatamento. Cerrado.

* Mestre em Instituições Jurídico-Políticas PPGD/UFSC. Doutoranda em Sociologia e Direito PPGSD/UFF. Professora do Departamento de Direito Privado da FDUFBA.

* Pós Doutora em Los Retos del Derecho Público pela Universidade de Santiago de Compostela. Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos UFT e do Curso de Direito UFT e Faculdade Católica - TO. Membro da Comissão Científica do Diálogo ACI.

Abstract: Paris Agreement is an international convention on climate change, whose Nationally Determined Contributions (NDC) express the commitment of each State Party to reduce the emission of greenhouse gases. Together with the instruments of combat and prevention of climate change foreseen in the National Policy on Climate Change (Law 12.187 / 2009), the adoption of targets such as zero deforestation in the Amazon Region aims to counteract the deleterious effects of climate change. This goal, however, ignores the fact that it is the Cerrado, today, the most deforested biome in Brazil. It is intended to analyze this national goal and the absence in its text of projection in relation to the Cerrado. The method used is the bibliographic-documentary, associating the legal text with the empirical research published on the indices of deforestation, seeking to attest to the omission of the Brazilian State in an international document that is already considered one of the most relevant in the environmental field.

Keywords: Climate Change. Paris Agreement. Nationally Determined Contribution. Deforestation. Cerrado.

Introdução

O clima é um dos vetores centrais de nossa civilização. Não só no campo das Ciências Naturais, mas também nas Ciências Sociais, na Ciência Política, na Economia, na Administração, no Direito, o clima deixou de ser percebido como um mero conjunto de fenômenos geofísicos, pois em torno dele se constituiu um novo campo do saber que extrapola os muros das ciências da natureza¹. Isso se deve a um fenômeno de índole antrópica, o aquecimento global, cuja dimensão aumentou nas últimas décadas, principalmente em razão dos efeitos deletérios provocados pelas mudanças climáticas.

¹ VIOLA, Eduardo José; FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thaís Lemos. **Sistema internacional de hegemonia conservadora: governança global e democracia na era da crise climática**. São Paulo: Annablume, 2013.

Como as mudanças climáticas são, ao lado do terrorismo internacional, o repto da pós-modernidade, lembrando Giddens², e sua incidência atinge a todos, indistintamente, o Acordo de Paris, hoje, é uma das convenções internacionais mais importantes e necessárias à manutenção do equilíbrio climático do Planeta. Tratar da prevenção e mitigação dos efeitos deletérios do aquecimento global e mudanças climáticas, através de plano concreto do corte de emissão dos gases de efeito estufa e o estabelecimento de metas pelos países que firmaram o acordo internacional, é buscar contrapor-se aos riscos e insegurança climáticos.

Analisar, então, o Acordo de Paris sobre as mudanças climáticas e a Contribuição Nacionalmente Considerada (NDC, sigla originada da expressão *Nationally Determined Contribution*) do Brasil, em especial a que diz respeito à erradicação do desmatamento ilegal na Amazônia e a omissão com outro bioma tão importante quanto a Floresta Amazônica – o Cerrado brasileiro - e, concomitantemente, perscrutar sobre a invisibilidade desse bioma e a utilização de sua área (em quatro estados da Federação) para a implantação de projeto agrícola insustentável, o qual eleva a emissão de gases de efeito estufa, é o objeto do presente artigo.

O Brasil firmou e ratificou um acordo internacional que limita as emissões de gases de efeito estufa e combate o desmatamento, comprometendo-se, no plano internacional, junto com outros países, a (tentar) evitar que a temperatura do Planeta aumente em níveis críticos. Porém, contraditoriamente, no plano interno, a prática local de indiscriminado desmatamento – como é o caso do projeto Matopiba no Cerrado – continua a macular a política pública de prevenção e mitigação às mudanças climáticas.

Demonstrar essa contradição entre uma atuação internacional de liderança do Brasil e a realidade do mundo da vida é uma forma de colaborar à análise crítica da NDC brasileira. Insere-se o presente

² GIDDENS, Anthony. **A Política da Mudança Climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

trabalho em um viés interdisciplinar, através de procedimentos metodológicos de análise bibliográfica-documental, defendendo a relevância do cuidado e preservação daquele bioma, nos mesmos moldes da Amazônia, tanto no âmbito interno, como nas metas voluntárias ao Acordo de Paris.

1 A Política Internacional sobre Mudanças Climáticas

Em 1988 o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização Meteorológica Mundial (*World Meteorological Organization*) criaram um comitê científico, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*), encarregado de elaborar um tratado mundial para atenuar os impactos das Mudanças Climáticas. No final de 1990, diante dessas circunstâncias, a Assembleia-Geral das Nações Unidas havia estabelecido o Comitê Intergovernamental de Negociações para a Convenção Quadro sobre Mudanças do Clima (CIN/CQMC), a qual ficou responsável pela redação da (futura) Convenção. Foi ao final da década de 80, portanto, que o Direito Internacional passou a se preocupar com um arcabouço jurídico pertinente às mudanças climáticas.

Representantes de mais de 150 países encontraram-se durante cinco reuniões celebradas entre fevereiro de 1991 a maio de 1992; em 9 de maio de 1992 foi firmada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, na Sede das Nações Unidas, em Nova York. O documento assinado, chamado de Convenção-Quadro, (em inglês, *United Nations Framework Convention on Climate Change - UNFCCC*), indica que cada Conferência Internacional deverá ser seguida de protocolos que detalharão as medidas adicionais que serão tomadas pelos diversos países.

A Convenção-Quadro estabeleceu a Conferência das Partes (COP) como órgão decisório para a tomada de ação e a discussão, pelos

países-membro, das diversas questões que envolvem as mudanças climáticas e a implementação da Convenção, que, desde 1995, ocorrem anualmente. Além disso, dividiu os Estados signatários em dois grupos: Partes Anexo I, que congrega a União Europeia mais os membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e os países industrializados ex-comunistas em transição para uma economia de mercado que devem responder pelas ações de mitigação das mudanças climáticas, com metas de redução das emissões de gases de efeito estufa (GEE), e Partes não-Anexo I, que reúne todos os demais países-membros (em desenvolvimento e menos desenvolvidos) que, por não terem responsabilidade histórica sobre o aumento das emissões de GEE, ficam obrigados a elaborar inventários nacionais de emissões³.

No mesmo ano, pouco mais de 150 países firmaram a Convenção sobre Mudanças Climáticas durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD -, um acontecimento histórico que ficou conhecido como “Cúpula da Terra”, ou Rio-92.

Em 1997 foi adotado o Protocolo de Quioto, esse documento estabeleceu normas e ditou metas de redução e combate ao aquecimento global. Os países que faziam parte do Anexo I teriam que reduzir, entre 2008 e 2012, o equivalente a 5,2% das emissões mundiais de gases responsáveis pelo aquecimento global.

Pela primeira vez, se propôs um calendário pelo qual países-membros teriam a obrigação de reduzir a emissão dos gases de efeito estufa. O Protocolo trouxe também a opção dos países do Anexo I compensarem suas emissões através do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), considerando como medida de redução projetos implementados nos países em desenvolvimento. Sua

³ VIOLA, Eduardo José; FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thaís Lemos. **Sistema internacional de hegemonia conservadora: governança global e democracia na era da crise climática**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 88.

ratificação só ocorreu em 2005 com a entrada da Rússia, mas ainda sem a participação dos Estados Unidos e China, responsáveis pelas maiores fontes de emissões planetárias⁴.

Após a assinatura do Protocolo de Quioto, as Conferências das Partes (COP) ocorreram anualmente de modo a determinar as formas de implementação do acordo e de seus mecanismos para que os países tivessem mais recursos disponíveis que os ajudassem a cumprir suas metas de redução das emissões de GEE. Os países em desenvolvimento, agrupados no G77/China, continuaram lutando para que os países desenvolvidos assumissem a liderança nas ações de mitigação das mudanças climáticas a fim de evitarem metas de redução das suas emissões.

Em relação à COP 15 e ao Acordo de Copenhague, ao final de 2009, expressa Abranches⁵ a decepção com o resultado da Cimeira:

Apesar da presença da elite do poder político mundial e da inédita demonstração de mobilização da sociedade civil globalmente organizada pelo tema, o que definiu o caráter singular tanto da cúpula de lideranças globais quanto da COP15 foi o desfecho confuso e melancólico. Como explicar que uma reunião que se dá no mais favorável contexto dos últimos tempos, com uma ampla janela de oportunidade aberta para um bom acordo, termine em ambiguidade e impasses subterrâneos?

Na mesma época, no entanto, o Direito brasileiro, na direção apontada pelo Direito Internacional, fosse pela Agenda 21, pelas Convenções sobre Diversidade Biológica e Desertificação e os próprios princípios insculpidos no documento firmado durante a Rio 92 e demais resoluções das Conferências dos Estados Parte (COP), não ficou

⁴ FURLAN, Melissa. **Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 52 e seguintes.

⁵ ABRANCHES, Sérgio. **Copenhague: antes e depois**. Rio de Janeiro: Campus, 2012. p. 14.

indiferente às perigosas alterações no clima do Planeta e internalizou as diretrizes mundiais sobre o tema através da Lei 12.187/2009.

O Brasil, a partir de 2009, então, quando apresentou a UNFCCC a sua Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC, Lei nº 12.187/2009) e posteriormente o Plano Nacional sobre Mudança do Clima (Decreto 7390/2010) passou a ser referência no tratamento das mudanças climáticas. Tais marcos regulatórios definiram a estratégia brasileira de redução voluntária de emissões de GEE (36,1 a 38,9% em relação às emissões projetadas até 2020) e os planos de ação setoriais para atingir tais metas.

Ainda que com falhas, a Lei nº 12.187/09 foi (é) uma resposta do Estado brasileiro ao desafio da diminuição da emissão dos gases de efeito estufa, mas, principalmente, é o surgimento de uma política pública nacional que reconhece, combate e previne o aquecimento global e as consequentes mudanças climáticas através de medidas de mitigação e/ou adaptação. A PNMC, bem como as leis estaduais sobre mudanças climáticas, se insere em um novo modelo de legislações, consequência de uma (nova) característica das leis, a principiológica, de acordo com a opinião de Purvin de Figueiredo⁶ e que, hoje, tornou-se um novo modelo no ordenamento jurídico nacional.

A aprovação de uma legislação que abarcasse as mudanças climáticas seguiu a trilha de outros países e colocou o Brasil entre aqueles com leis mais avançadas em torno das questões climáticas. Na Europa, por exemplo, alguns dos países nórdicos e a Suíça, acrescidos da Alemanha e Reino Unido têm leis específicas sobre alterações do clima, conforme Anthony Giddens:

⁶ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

Tomando um vasto conjunto de indicadores de critérios ambientais, todos os países de melhor desempenho são democráticos. Segundo a classificação do Índice de Desempenho Ambiental elaborados pelas universidades de Yale e Columbia, os cinco melhores países do mundo são Suécia, Noruega, Finlândia, Suíça e, curiosamente, uma sociedade em desenvolvimento, a Costa Rica⁷.

Logo, junto com o firmado e ratificado no Protocolo de Quioto e as metas da PNMC – Lei 12.187/2009 – o Brasil já detinha um marco regulatório para tratar dos nefastos efeitos deletérios das mudanças climáticas. Mas esses instrumentos não foram implementados em sua integralidade. Com os dados divulgados pelos 4º e 5º Relatórios do IPCC⁸, contendo projeções assustadoras sobre o câmbio climático, mais uma vez a comunidade internacional viu-se diante da premente necessidade de um novo acordo, o que, depois do fracasso de Copenhague, foi obtido em Paris na COP 21.

2 O Acordo de Paris e a Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) brasileira para zerar o desmatamento

O Acordo de Paris é um instrumento de governança climática global, com 195 países signatários, firmado durante a COP 21 em Paris, no mês de dezembro de 2015. Entrou em vigor, simbolicamente, em novembro de 2016, após 98 países terem ratificado internamente a convenção, em um tempo recorde, a poucos dias da realização da COP

⁷ GIDDENS, Anthony. **Política das Mudanças Climáticas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 101.

⁸ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Fourth Assessment Report**. Geneva, 2007. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar4/>. Acesso em: 20 dez. 2017; INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Fifth Assessment Report**. Geneva, 2015. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

22, no Marrocos⁹. Considerado o mais “ambicioso” dos acordos sobre o clima, tem como base de trabalho as projeções sobre o câmbio climático, divulgadas pelo IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas) em seu 5º Relatório, constituindo-se em um acordo internacional cujas metas pretendem mitigar os efeitos das mudanças climáticas, adaptar-se às mesmas, além de pretender estabilizar o nível das emissões dos gases de efeito estufa, visando impedir o aumento da temperatura na Terra.

No artigo 4º está previsto que “8. Ao comunicarem suas contribuições nacionalmente determinadas, todas as Partes devem prover informação necessária para clareza, transparência e compreensão de acordo com a decisão 1/CP.21”, bem como “11. Uma parte, a qualquer momento, pode ajustar sua contribuição nacionalmente determinada existente com vistas a aumentar o nível de ambição”, de acordo com orientação adotada pela Conferência das Partes¹⁰.

Esse acordo definiu a meta de 1,5 graus centígrados de elevação máxima da temperatura média do planeta até 2100 atendendo, portanto, principalmente os anseios dos líderes de países insulares do Oceano Pacífico, particularmente afetados pelas mudanças climáticas globais e pela injustiça climática decorrente.

Nesse sentido expressa Euler:

O Acordo do Clima é um marco nas negociações internacionais deste século. É fato que o aquecimento global ameaça o bem-estar humano e a economia mundial, e o desafio de estabilizar a concentração de gases do efeito estufa (GEE) na atmosfera, limitando o aumento de temperatura a menos de 2 graus Celsius até

⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. **Acordo de Paris entre em vigor a três dias da COP 22**. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/ambiente/2016/11/1829277-acordo-de-paris-entra-em-vigor-a-tres-dias-da-cop22.shtml?cmpid=menutopo>. Acesso em: 21 dez. 2017.

¹⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordo de Paris**. Brasília, 2015. Disponível em: www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/Acordo_Paris.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

2100, é uma responsabilidade comum, mas as ações devem ter caráter diferenciado dependendo da contribuição histórica e capacidade de cada nação. Para isso será necessária uma mudança de paradigma em relação ao modelo de desenvolvimento vigente, sobretudo a transição da matriz energética baseada nos combustíveis fósseis, em direção a uma economia com predominância de fontes renováveis e de baixa emissão de carbono¹¹.

As ações para cada país integrante do acordo alcançar a diminuição da emissão dos gases de efeito estufa e, conseqüentemente, evitar-se que o aumento da temperatura do Planeta ultrapasse os 1,5 graus foram propostas individualmente na Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) de cada Estado Parte, já previamente elaboradas à assinatura do acordo. Para Sirkis,

Segundo o parágrafo 25, as partes deverão submeter suas NDC até nove meses antes da COP, que deverá referendá-los e que, segundo o parágrafo 27, “poderão” – evita-se “deverão” – incluir “informação quantificável sobre o (...) ano-base, prazo e/ou períodos de tempo para implementação, escopo e abrangência, processos de planejamento, considerações e abordagens metodológicas, incluindo as relativas a emissões antropogênicas de gases-estufa (...) sumidouros, e de que maneira a Parte considera que sua contribuição nacionalmente determinada é justa e ambiciosa, à luz de suas circunstâncias nacionais e como ela contribui na direção do atingimento do objetivo da Convenção, conforme estabelecido no seu Art. 2^o¹².

Outro ponto relevante foi o período de revisão dos objetivos firmados: os países não estão obrigados a cumprir metas impostas, mas concordaram em trabalhar para manter suas metas nacionais divulgadas

¹¹ EULER, O Acordo de Paris e o futuro do REED+ no Brasil. **Cadernos Adenauer**, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016. p. 85.

¹² SIRKIS, Alfredo. Avaliando a COP 21: quão cheio ficou o copo? **Centro Brasil para o Clima**. Rio de Janeiro, fev. 2016. p. 3.

na NDC. Houve consenso em que os objetivos nacionais e as ações adotadas por país serão revisados a cada cinco anos de forma a dimensionar se as medidas adotadas estão alinhadas com a meta final de 1,5 graus centígrados de elevação até 2100. O terceiro destaque fica por conta da categoria dos compromissos assumidos pelos países.

No que se refere à adaptação dos países à nova realidade imposta pelo Acordo de Paris, as lideranças mundiais prometeram a criação de um fundo global de US\$ 100.134 bilhões por ano, a partir de 2020, para apoiar os países mais pobres a adaptar suas economias ao novo cenário. Este aporte permitirá uma profunda transformação da matriz energética global, ainda com extrema dependência de derivados de petróleo e carvão¹³.

Uma das primeiras referências na Contribuição do Brasil é a que trata da meta de 37% da redução da emissão de gases de efeito estufa até 2025:

a) Da mitigação Contribuição: o Brasil pretende comprometer-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025.

Contribuição indicativa subsequente: reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030.

Tipo: meta absoluta em relação a um ano-base.

Abrangência: todo o território nacional, para o conjunto da economia, incluindo CO₂, CH₄, N₂O, perfluorcarbonos, hidrofluorcarbonos e SF₆.

Ponto de referência: 2005. Horizonte temporal: meta para o ano de 2025; valores indicativos de 2030 apenas para referência.

Métrica: Potencial de Aquecimento Global em 100 anos (GWP-100) usando valores do IPCC AR5¹⁴.

¹³ SIRKIS, Alfredo. Avaliando a COP 21: quão cheio ficou o copo? **Centro Brasil para o Clima**. Rio de Janeiro, 2016. p. 3.

¹⁴ BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Brasília, 2015. p. 3-4. Disponível em:

Entretanto, apesar do compromisso do Brasil de redução das emissões de gases de efeito estufa em 37% até 2025 e, subsequente, 43% até 2030, o texto da NDC tão-só faz menção ao desmatamento ilegal na Amazônia:

i) no setor florestal e de mudança do uso da terra:
- fortalecer políticas e medidas com vistas a alcançar, na Amazônia brasileira, o desmatamento ilegal zero até 2030 e a compensação das emissões de gases de efeito estufa provenientes da supressão legal da vegetação até 2030.

A NDC do Brasil projeta conter o desmatamento ilegal na Amazônia até 2030. Não há projeção expressa de contenção do desmatamento em outros biomas, seja o Cerrado ou a Caatinga. Em realidade, postergar por mais 15 anos a contenção do desmatamento ilegal da Amazônia já não é um bom sinal, mas não mencionar o desmatamento ilegal em outros biomas é um péssimo sinal.

Infere-se do texto da NDC que o Brasil propõe, essencialmente, uma estabilização de suas emissões totais e deixa uma margem para um pequeno crescimento. Assim, esse compromisso de redução da NDC até 2025 estaria garantido pela (suposta) redução das emissões oriundas de mudanças no uso da terra, sobretudo pelo combate ao desmatamento na Amazônia, e ficaria restrito ao período após 2025 a cota adicional de mitigação em relação aos esforços já realizados.

Adicionalmente, a NDC do Brasil, entre outras medidas, pretende “ii) no setor florestal e de mudança do uso da terra (...) restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas até 2030, para múltiplos usos¹⁵”. Considerando os 15 anos – contados desde 2015 - até

http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_iNDC_portugues.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁵ BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.** Brasília, 2015. Disponível em:

2030, tal reflorestamento deverá ser majoritariamente com o uso de espécies que cresçam rápido e em sistemas intensivos. Mesmo considerando tais espécies, parece pouco factível cumprir essa meta sem que já esteja – agora - em curso um conjunto objetivo de medidas para garantir seu cumprimento.

Da análise das metas propostas pelo Brasil, depreende-se que não foi dada relevância à situação socioambiental do Cerrado, atualmente o bioma com os maiores índices de desmatamento e contribuindo irremediavelmente à emissão dos gases de efeito estufa, conforme se exporá a seguir.

3 A destruição do Cerrado: o desmatamento na região do Matopiba e a omissão do Estado brasileiro na Contribuição Nacionalmente Determinada

O Cerrado não foi contemplado com o *status* constitucional de patrimônio nacional, distintamente de outros biomas como a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica (artigo 225, parágrafo 4º da Constituição Federal). Em 1995 houve a tentativa, por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 115-A, de abarcar o Cerrado no artigo antes citado, sem êxito, contudo. O professor Bessa Antunes¹⁶, na análise do dispositivo constitucional acima, alerta que, embora não haja expressamente a inclusão de outros biomas nacionais, não significa que os mesmos devam ficar apartados da proteção especial conferida pela Lei fundamental brasileira.

Hoje tramita no Congresso Nacional a PEC 504/2010 que pretende tornar o Cerrado e a Caatinga patrimônio nacional, tendo recebido mais de meio milhão de assinaturas o pedido, levado aos

http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_iNDC_portugues.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

parlamentares em setembro de 2019, para que seja, o quanto antes, pautada e aprovada a PEC¹⁷.

A relevância do bioma Cerrado é inarredável! Ele contém a maior biodiversidade florística do mundo, nem a Amazônia ou a Mata Atlântica se comparam à flora daquele bioma. Nem qualquer outro ambiente da Terra. São 12.365 plantas catalogadas no Cerrado, dessas, os pesquisadores são capazes de multiplicar em viveiro apenas 180¹⁸. Embora o número pequeno da reprodução da flora obtido em laboratório, o que se constitui em erosão genética, as demais plantas do Cerrado também são importantes para o equilíbrio ecológico, o sequestro de carbono realizado pelas mesmas através da fotossíntese e a captação de água, porém não há tecnologia para fazer mudas.

Logo, a rica flora do Cerrado, além da erosão genética natural, é alvo da destruição humana, vez que tanto para o cultivo da soja ou do algodão e a pecuária, além das áreas já utilizadas desde as décadas de 60 e 70, há o desmatamento diuturno e constante de novas áreas, constituindo a mais recente fronteira agrícola do desenvolvimento econômico.

Assim, na década de 90, a fronteira agrícola foi expandida para quase todas as terras restantes no Cerrado. Devido aos (ainda) preços proporcionalmente baixos das terras e com boas condições de mecanização e melhoramento da fertilidade, essa expansão chegou à região hoje conhecida pela sigla Matopiba, formada pela confluência dos limites estaduais do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia. Tal região, hoje, apresenta índices crescentes de desmatamento, justamente em razão de uma política desenvolvimentista alheia às consequências socioambientais nefastas da opção por um tipo de desenvolvimento

¹⁷ CONGRESSO EM FOCO. **570 mil pessoas pedem aprovação de PEC que protege Cerrado e Caatinga**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/mio-ambiente/570-mil-pessoas-pedem-aprovacao-de-pec-que-protege-cerrado-e-caatinga>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁸ BARBOSA, Altair Sales. **Jornal Opção**, Goiânia, out. 2014. p. 3.

econômico que desconsidera o aumento de emissão dos gases de efeito estufa e os impactos das mudanças climáticas.

O Matopiba compreende municípios dos estados do Maranhão, 135 municípios, Tocantins, 139, Piauí, 33, e Bahia, 30. Essa região, artificialmente delimitada pelo Decreto 8447/2015, é formada pelos estados do Norte e Nordeste considerados como última fronteira agrícola do país. O acrônimo advém das siglas dos estados, porém, essa denominação recente não dá conta do início da história do avanço do agronegócio no Cerrado e sua devastação, que remonta ao governo militar.

De acordo com organizações não governamentais, como a *Mighty Earth* e a *Rainforest Foundation Norway*, o desmatamento no Cerrado brasileiro, no período 2011-2015, foi maior que na Floresta Amazônica. Em estudo divulgado pelas ONGs, em que foram pesquisadas 28 localidades no Cerrado brasileiro e na Bacia Amazônica, utilizando-se de entrevistas, resultados de satélites e *drones*, chegaram à conclusão que, em um período de 4 anos, mais de 567.000 hectares foram desmatados para dar lugar à produção de soja e à pecuária, sendo que a primeira foi o principal motivo pelo qual houve o desmatamento na região¹⁹.

Mas não só as ONGs verificaram a destruição do bioma; o próprio governo federal divulgou, no mês de julho de 2017, um estudo realizado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)²⁰ e o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM), cujos dados são de uma série entre 2013-2015 e corroboram o que as ONGs e as universidades já vinham detectando: o Cerrado perdeu 9.483 quilômetros quadrados de vegetação em 2015, um número que equivale

¹⁹ MIGHTY EARTH. **O maior mistério da cadeia de produção de carne** – os segredos por trás do Burger King e da produção mundial de carne. Disponível em: <http://www.mightyearth.org/mysterymeat-portuguese/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

²⁰ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)**. Disponível em: <http://www.inpe.br/>. Acesso em: 18 out. 2020.

a mais de seis cidades de São Paulo e supera em 52% a devastação na Amazônia no mesmo ano²¹.

Outro dado divulgado é que o Cerrado continua perdendo 1% de sua área remanescente por ano, bem como dados do projeto *MapBiomass* publicados neste ano indicam que o desmatamento acumulado no bioma neste século foi três vezes maior que o da Amazônia, proporcionalmente ao tamanho da área de vegetação remanescente.

Segundo dados do mesmo estudo, os dez municípios mais desmatados ficam na área denominada Matopiba, palco da expansão da fronteira agrícola entre os estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia. Juntos, eles respondem por 11% dos quase 30 mil quilômetros quadrados desmatados no Cerrado entre 2013 e 2015. Os três campeões são baianos: São Desidério (337 km²), Jaborandi (295 km²) e Formosa do Rio Preto (271 km²), todos municípios produtores de soja²².

Em estudos divulgados pelas ONGs antes citadas constatou-se que entre as empresas de soja que operam no Cerrado, a *Cargill* e a *Bunge* são as duas empresas de soja mais ligadas ao desmatamento. Ambas as empresas compram soja de fazendeiros, que é enviada para várias partes do mundo para alimentar galinhas, porcos e vacas mantidos em confinamento, até serem transformados em sanduíches de frango, bacon e hambúrgueres. A *Cargill* é a maior empresa privada dos Estados Unidos, com faturamento de US\$ 120 bilhões, líder mundial no comércio de soja, algodão e outras *commodities*. Já a *Bunge* possui a

²¹ PARÁ. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM). **Desmatamento no Cerrado anula ganhos climáticos na Amazônia**. Disponível em: <https://ipam.org.br/desmatamento-no-cerrado-anula-ganhos-climaticos-na-amazonia>. Acesso em: 18 out. 2020.

²² MIGHTY EARTH. **O maior mistério da cadeia de produção de carne: os segredos por trás do Burger King e da produção mundial de carne**. Disponível em: <http://www.mightyearth.org/mysterymeat-portuguese/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

maior infraestrutura instalada no Matopiba, a região do Cerrado com maior desmatamento causado pela soja²³.

Denuncia a ONG que, nos 29 municípios do Cerrado onde a Bunge opera silos comerciais foram detectados quase 50 mil hectares de desmatamento em 2015, e um total acumulado de 567.562 hectares de 2011 a 2015, conforme o referido anteriormente. Já nos 24 municípios onde a Cargill opera silos, foram 130 mil hectares de desmatamento durante esses mesmos cinco anos. Além disso, em 12 municípios, tanto a Cargill quanto a Bunge operam silos. O desmatamento total dessas áreas atingiu um *total de 90.129 hectares no mesmo período*. A investigação não pode afirmar que todo o desmatamento identificado foi causado pela soja. Entretanto, essas empresas fornecem incentivos financeiros que estimulam a destruição e não estão tomando medidas adequadas para evitar o desmatamento²⁴.

Em entrevistas realizadas com fazendeiros pelas ONGs, eles confirmaram que a Cargill e a Bunge são os dois maiores clientes de soja dos locais que foram visitados na Bahia e embora a Bunge tenha adotado uma política de proibição do desmatamento em sua cadeia de suprimentos, não a comunicou claramente aos seus fornecedores. Já a política da Cargill para esse assunto é reconhecidamente falha. Ao contrário dos concorrentes com políticas de proibição de desmatamento que entram em vigor imediatamente, a Cargill deu a si mesma o prazo até 2030 para eliminar o desmatamento de suas cadeias de suprimentos, dando aos produtores de soja e de outras mercadorias quase 15 anos para continuar o processo de destruição. Independentemente disso, nenhuma das políticas da empresa parece ser suficientemente eficaz.

²³ MIGHTY EARTH. **O maior mistério da cadeia de produção de carne: os segredos por trás do Burger King e da produção mundial de carne.** Disponível em: <http://www.mightyearth.org/mystervmeat-portuguese/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

²⁴ MIGHTY EARTH. **O maior mistério da cadeia de produção de carne: os segredos por trás do Burger King e da produção mundial de carne.** Disponível em: <http://www.mightyearth.org/mystervmeat-portuguese/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

Entre 2013 e 2015 foram destruídos 18.962 km² de Cerrado. Isso significa que, a cada dois meses, o equivalente à área da cidade de São Paulo é destruída no bioma²⁵. Em 11 de setembro de 2017 quando foi celebrado o Dia do Cerrado, organizações ambientalistas se uniram e lançaram o manifesto: “Nas mãos do mercado, o futuro do cerrado: é preciso interromper o desmatamento!”. Um dos parágrafos do Manifesto contra o desmatamento do Cerrado expressa claramente o que segue:

A principal causa de desmatamento no Cerrado é a *expansão do agronegócio sobre a vegetação nativa*. Entre 2007 e 2014, 26% da expansão agrícola ocorreu diretamente sobre vegetação de Cerrado. Quando considerada somente a região do MATOPIBA – porções de Cerrado dos estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia –, que é a principal fronteira do desmatamento, 62% da expansão agrícola ocorreu sobre vegetação nativa. Em relação às pastagens, análises recentes apontam que, entre 2000 e 2016, 49% da expansão no Matopiba ocorreu sobre o Cerrado. Note-se que, muitas vezes, a área desmatada para pastagem torna-se, posteriormente, área de uso agrícola²⁶.

São dados alarmantes divulgados por quarenta (40) ONGs que assinam o manifesto. O esforço brasileiro à conservação da Floresta Amazônica é inegável, por que, então, não estão em curso os mesmos esforços para a conservação do Cerrado? O reconhecimento da savana mais biodiversa do Planeta e cumeeira da América do Sul é imprescindível à própria regulação do clima na Terra.

²⁵ BUSTAMANTE, Mercedes. Política de clima negligencia o Cerrado: mais uma vez o Plano entregue à ONU não menciona o segundo maior bioma do país. **Observatório do Clima on-line**. 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.observatoriodoclima.eco.br/politica-de-clima-negligencia-o-cerrado-mais-uma-vez/>. Acesso em: 21 abr. 2018.

²⁶ WWF BRASIL. **Manifesto a favor do Cerrado**. Disponível em: www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/cerrado/manifestodocerrado/. Acesso em: 21 abr. 2018.

Deter o desmatamento do Cerrado é tão importante quanto deter o desmatamento da Amazônia! Porém, contraditoriamente, o Brasil assinou e ratificou um tratado que contém metas para o alcance de seu desiderato, constituindo-se, portanto, em uma política pública internacional; mas, na região do Cerrado, o que se vê é um descaso com o crescente desmatamento e o aumento da emissão dos gases de efeito estufa.

Há uma flagrante omissão do Estado brasileiro quanto ao desmatamento do Cerrado nas metas brasileiras incluídas no Acordo de Paris. Não há, infelizmente, um esforço político consistente na redução do desmatamento no Cerrado e nos demais biomas de forma efetiva em relação ao fixado em 2009 pela PNMC, nem na NDC. Aliás, essa “omissão” vai ao encontro do retrocesso *jus* ambiental que o Executivo vem promovendo, v.g., vários projetos pretendendo subtrair direitos socioambientais conquistados a duras penas.

Embora o governo brasileiro tenha lançado em 2010 o Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento no Cerrado (PPCerrado), nos moldes do que há havia sido instituído para a Amazônia, tendo como objetivo promover a redução contínua da taxa de desmatamento e da degradação florestal, bem como da incidência de queimadas e incêndios florestais no Cerrado através da integração e aperfeiçoamento das ações de monitoramento e controle de órgãos federais, não foram obtidos resultados satisfatórios que convergissem para a diminuição das taxas de desmatamento, ao revés, projetos que se dizem sustentáveis continuam sendo implantados em áreas tanto de campina como de chapadões no Cerrado brasileiro.

Considerações finais

O artigo trouxe à tona um tema que emergiu nas discussões jurídico ambientais nos últimos anos, com o recrudescimento do aquecimento global e as mudanças climáticas. Trata da atuação do Brasil no âmbito do Direito Internacional (Acordo de Paris) das mudanças

climáticas e as metas propostas na Contribuição Nacionalmente Determinada, em especial quanto à erradicação do desmatamento e a ausência do bioma Cerrado – o mais devastado – no texto da NDC.

A destruição do Cerrado (e suas consequências) é tão importante quanto a destruição da Amazônia. O Cerrado é indispensável e simbiótico ao bioma amazônico: as águas que auxiliam a abastecer os rios amazônicos que tornam a Floresta Amazônica o que ela é – o maior regulador do clima mundial – partem, parcialmente, daquele bioma. Sem água, a floresta não consegue prestar o mais importante serviço ecossistêmico ao Planeta. Demais disso, a vegetação do Cerrado também é responsável pelo sequestro de carbono da atmosfera, ou seja, presta o mesmo serviço ecossistêmico indispensável que outros biomas.

Não obstante o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento e das Queimadas no Cerrado (PPCerrado), de setembro de 2010, isso não significou a tutela efetiva do Estado ao bioma objeto desse estudo, quando muito são encontradas iniciativas públicas isoladas de prevenção e controle da exploração do mesmo.

Na direção de um Estado omissivo em relação ao desmatamento ilegal, inclusive o relatório divulgado pela ONG *Mighty Earth*, cujos dados afirmam que, no Cerrado brasileiro, no período 2011-2015, o desmatamento foi maior que na Floresta Amazônica. E o palco de maior degradação foram os municípios da região do Oeste da Bahia, os quais fazem parte do denominado Matopiba. No plano internacional, a NDC brasileira projeta conter o desmatamento ilegal na Amazônia até 2030, mas não há qualquer indicação de contenção do desmatamento no Cerrado.

Infelizmente, o Cerrado ainda continua invisível nas metas estabelecidas pelo (e para o) Brasil na prevenção e combate às mudanças climáticas. Na Política Nacional sobre Mudanças Climáticas houve o estabelecimento de metas voluntárias quanto à diminuição das emissões dos gases de efeito estufa e, via de consequência, o combate ao desmatamento. Mas no acordo climático de Paris o Cerrado foi olvidado. Em realidade,

configura-se uma omissão do Estado brasileiro inconcebível, dada a importância do Cerrado na própria preservação da Amazônia.

Para que isso seja sanado – ainda há tempo de salvar o Cerrado – é imperiosa a revisão da NDC brasileira e a urgente inclusão do combate ao desmatamento nesse bioma como meta a ser alcançada.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. **Copenhague: antes e depois**. Rio: Campus, 2012.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA, Altair Sales. O Cerrado está extinto e isso leva ao fim dos rios e dos reservatórios de água. Entrevista. **Jornal Opção**, Goiânia, edição 2048, 4 out. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordo de Paris**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/Acordo_Paris.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)**. Disponível em: <http://www.inpe.br/>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (INDC) para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.mma.gov.br/images/arquivos/clima/convencao/indc/BRASIL_indc_portugues.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

BUSTAMANTE, Mercedes. Política de clima negligencia o Cerrado – mais uma vez o Plano entregue à ONU não menciona o segundo maior bioma do país. **Observatório do Clima on-line**. 24. nov. 2015. Disponível em: <http://www.observatoriodoclima.eco.br/politica-de-clima-negligencia-o-cerrado-mais-uma-vez/>. Acesso em: 21 abr. 2018.

CONGRESSO EM FOCO. **570 mil pessoas pedem aprovação de PEC que protege Cerrado e Caatinga**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/meio-ambiente/570-mil-pessoas-pedem-aprovacao-de-pec-que-protege-cerrado-e-caatinga>. Acesso em: 12 set. 2019.

EULER, Ana Margarida. O Acordo de Paris e o futuro do REED+ no Brasil. **Cadernos Adenauer**, n. 2. Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, 2016.

FIGUEIREDO, José Purvin de. Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Acordo de Paris entra em vigor a três dias da COP 22**. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/ambiente/2016/11/1829277-acordo-de-paris-entra-em-vigor-a-tres-dias-da-cop22.shtml?cmpid=menutopo>. Acesso em: 21 dez. 2017.

FURLAN, Melissa. **Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.

GIDDENS, Anthony. **A Política das Mudanças Climáticas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **Fourth Assesment Report**. Geneva, 2007. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar4/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **Fifth Assesment Report**. Geneva, 2015. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

MIGHTY EARTH & RAINFOREST FOUNDATION NORWAY. **O maior mistério da cadeia de produção de carne: os segredos por trás do Burger King e da produção mundial de carne**. Disponível em: <http://www.mightyearth.org/mysterymeat-portuguese/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA. **Desmatamento do cerrado supera o da Amazônia, indica dado oficial**. Disponível em: <http://www.observatoriodoclima.eco.br/desmate-no-cerrado-supera-o-da-amazonia/>. Acesso em: 22 dez. 2017.

PARÁ. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM). **Desmatamento no Cerrado anula ganhos climáticos na Amazônia**. Disponível em: <https://ipam.org.br/desmatamento-no-cerrado-anula-ganhos-climaticos-na-amazonia>. Acesso em: 18 out. 2020.

SIRKIS, Alfredo. **Avaliando a COP 21: quão cheio ficou o copo? Centro Brasil para o Clima**. Rio de Janeiro, 2016.

VIOLA, Eduardo José; FRANCHINI, Matías; RIBEIRO, Thaís Lemos. **Sistema internacional de hegemonia conservadora**: governança global e democracia na era da crise climática. São Paulo: Annablume, 2013.

WWF BRASIL. **Manifesto a favor do Cerrado**. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/cerrado/manifestodocerrado/. Acesso em: 21 abr. 2018.

Posfácio

Bleine Queiroz Caúla*

Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional – DACI é um projeto acadêmico com compromisso científico de promover a pesquisa. Um diferencial é a qualidade metodológica dos artigos publicados. Seminário Internacional que acontece no Brasil e no exterior desde o ano de 2012. Conta com uma Comissão Científica de professores doutores brasileiros e estrangeiros de diferentes Instituições de Ensino Superior.

O evento recebe apoio da Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O XIII Diálogo ACI – Tema “**Direitos Sociais 30 anos após a entrada em vigor da CRFB**” –, ocorreu em outubro de 2018, no Brasil (Universidade Candido Mendes – Campus Ipanema; e na Europa (Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche, Itália e Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito). Rendemos nossos agradecimentos às professoras Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro, Anna Ciammariconi e à coordenadora acadêmica do Diálogo ACI, professora Carla Amado Gomes pela colaboração na organização nas referidas cidades.

Os volumes 17 e 18 da obra Diálogo ACI homenageiam a Procuradora Federal Maria Zaíde Farias de Freitas em reconhecimento a sua dedicação à carreira jurídica. O volume 17 reúne os artigos de 33 (trinta e três) autores que participaram do XIII Diálogo ACI e apresentaram à banca de coordenadores de grupos de trabalhos.

A publicação impressa é editorada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Agradecemos aos

* Coordenadora Científica.

advogados André Godinho e Valdetário Monteiro Andrade pelo inestimável apoio à publicação nacional. O e-Book internacional, na versão portuguesa, é publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

No ano de 2019 completou quinze edições, percorrendo cidades brasileiras: 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). No ano de 2020 por decisão colegiada dos membros da Comissão Científica optou-se por não realizar o XVI Diálogo ACI na versão virtual. Referida edição acontecerá em 2021 na cidade de Fortaleza e possivelmente na Europa, nas cidades de Madrid e Teramo.

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

Roberta Teles Cardoso – Universidade de Fortaleza

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

APOIO



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI