



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

VOLUME 18

Tema: Os Direitos Sociais nos 30 anos em vigor da CRFB/1988

Coordenadores

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

André Godinho

Organizadores

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro

Bleine Queiroz Caúla

Hian Silva Colaço



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Volume 18

**Tema: Os Direitos Sociais nos 30 anos em vigor da
CRFB/1988**

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
André Godinho
(Coordenadores)

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Bleine Queiroz Caúla
Hian Silva Colaço
(Organizadores)



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Volume 18

**Tema: Os Direitos Sociais nos 30 anos em vigor da
CRFB/1988**



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 Gramatical: Francisco Hugo Farias de Freitas.
Revisão de ABNT: Bleine Queiroz Caúla, Hian Silva Colaço

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 : os direitos sociais nos 30 anos em vigor da CRFB/1988 / coordenador: Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, André Godinho; organizador: Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro, Bleine Queiroz Caúla, Hian Silva Colaço – Brasília: OAB Editora, 2021.

v. 18

xxv, 434 p.

ISBN: 978-65-5819-018-9.

1. Direito ambiental. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Internacional. 4. Direito comparado. I. Miranda, Jorge, coord. II. Gomes, Carla Amado, coord. III. Godinho, André, coord. IV. Navarro, Andreyra Mendes de Almeida Scherer, org. V. Caúla, Bleine Queiroz, org. VI. Colaço, Hian Silva, 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, Marisvaldo 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 Marcus 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:** Airton Martins Molina, José Augusto Araújo de Noronha e Juliano José Breda; **PE:** Leonardo Accioly da Silva, Ronnie Pruss Duarte e Sílvia Márcia Nogueira; **PI:** Andrey 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 Rebelo 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 Batocchio 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 Alamo 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:** Afeife Mohamad Hajj, Luiz Renê Gonçalves do Amaral e Vinícius Carneiro 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 Turck 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 Peruffo, 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 Tullo 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 Vitor 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.** Atilio 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 Vinícius Furtado Coelho (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 Moraes 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
Andréia 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 Vinícius Gwozdz Poerch; **AL**: Ednaldo Maiorano de Lima; **AP**: Jorge José Anaice 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**: Luís 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 Zamprogno; **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'Ávila 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 – 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.

André Godinho

Conselheiro do CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Ouvidor Nacional de Justiça – Eleito na 59ª Sessão Extraordinária, em 1º dezembro de 2020, Ata de sessão publicada no dia 16/12/2020, DJE 395, página 1. Mestrando em Direito e Ciências Jurídicas na Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia e em Direito Eleitoral pela Universidade Maurício de Nassau.

Organizadores

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro

Pós-Doutorado em Direitos Humanos - Universidad D Salamanca - ES (USAL) 2018, Doutorado em Psicologia Social (UERJ) 2009, Mestrado em Direito (UNESA) 2002, MBA em Direito da Tecnologia (FGV) 2002, Graduação em Direito (UCAM) 1989. Advogada, Professora adjunta de Direitos Humanos Direito Constitucional, Filosofia do Direito, Ética, Bioética, Direito e Psicanálise da Universidade Candido Mendes. Professora convidada de Direitos Humanos do Mestrado Segurança, Direito Penal e Direitos Humanos da Universidad D Salamanca - Espanha. Professora convidada de Direito Constitucional do Mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Professora de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas - RJ. Coordenadora de Avaliações do INEP. Pró-Reitora de Cooperação e Convênios Internacionais da Universidade Candido Mendes (UCAM). Diretora Geral da Universidade Candido Mendes - Campus - Ipanema. Diretora da Associação Comercial do Rio de Janeiro, Membro da Sociedade Brasileira de Bioética, Membro da Internacional Bioethics Association, Membro da Associação Lusófona de Direito da Saúde - ALDIS, Membro da Comissão de Ética no Uso de Animais da Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados do Brasil - IAB e Psicanalista Membro da Formação Freudiana do Rio de Janeiro.

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável – Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental,

Constitucional e Internacional. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Hian Silva Colaço

Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas e Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Extensão em Direito e Inteligência Artificial pela PUC-Rio. Pesquisador em Direito Digital integrante do Grupo de Pesquisa - CNPQ em Direito Civil na Legalidade Constitucional. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Inteligência Artificial e Proteção de Dados do FBUNI. Professor do Centro Universitário Farias Brito - FBUNI. Assessor de Desembargador da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE.

Autores

Ana Larissa Amauri Alexandre
Ana Paula Araújo de Holanda
Antonio Carlos Marchiori
Aquilino Paulo Antunes
Bleine Queiroz Caúla
Bruna Ferreira de Araújo Bezerra
Carla Amado Gomes
Carolina Arantes e Oliveira Maia
Clayton dos Santos Queiroz
Dayane Nayara da Silva Alves
Dayse Braga Martins
Elsa Leitão
Fabíola de Lima Gonçalves
Fernanda Bianco de Lucena Costa
Francesca Vaccarelli
Marcelo Ribeiro Uchoa
Marcos de Sousa França
Massimo Spinozzi
Midred Cavalcante Barreto
Milena Petters Melo
Nikaelly Lopes de Freitas
Rainier Gomes Pereira da Silva
Thiago Rafael Burckhart
Valeska Alves Araújo Silva
Valter Moura do Carmo

Apresentação

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky*

Com enorme satisfação, tenho a honra de apresentar esta obra, intitulada *Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional*, v. 18, Tema: “Os Direitos Sociais nos 30 anos em vigor da CRFB/1988”, que reúne o pensamento e a perspectiva prático-teórica de 25 advogados e advogadas atuantes nas áreas do direito constitucional, ambiental e internacional, oriundos de diferentes regiões brasileiras e com ampla referência técnica em suas atuações, com o objetivo de proporcionar diálogos de saberes que ultrapassam os horizontes de uma abordagem estritamente jurídico-dogmática para alcançar a perspectiva da interdisciplinaridade.

A Constituição Federal de 1988 completou, em 2018, trinta anos e muitas são as razões para celebrarmos os avanços e conquistas no campo do Direito Ambiental brasileiro. Fruto da mobilização da sociedade civil e de diversos setores que atuam na temática, a Lei Fundamental fundou um novo paradigma do País quanto à tutela ambiental. Por este motivo, esta obra apresenta a perspectiva de profissionais engajados na defesa do meio ambiente, bem como na fiscalização da efetividade dos instrumentos constitucionais em vigor.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil reafirma o seu compromisso ético, jurídico e político com uma sociedade cada vez mais sustentável. Por compreendermos que a positivação de direitos não significa o usufruto automático desses pelos cidadãos. A ação normativa há de ser complementada pela ação prática. Dessa forma, a tutela ecológica é responsabilidade de todos indistintamente – tanto dos governantes quanto dos demais cidadãos. Trata-se, inclusive, de

* Advogado e Presidente do Conselho Federal da OAB.

“encargo irrenunciável”, de acordo com entendimento firmado pelo STF, em sede de medida cautelar, na ADI n. 3.540.

Assim, todos nós, profissionais do Direito, devemos fazer desta Terra um lar seguro e hospitaleiro para todos que aqui vivem e aqui viverão. O mesmo zelo e diligência empreendidos pelos advogados para a defesa de seus clientes devem ser utilizados para a defesa do planeta que nos abriga.

Dito isto, reafirmo a importância desta obra, bem como congratulo a todas e todos os profissionais envolvidos nesse projeto tão necessário em tempos caóticos que nos levam a enfrentar a necessidade de reavaliarmos coletivamente o modo como ocupamos este planeta. Desejo uma excelente leitura!

Prefácio

Flávio José Moreira Gonçalves*

Marcado pelas incertezas e riscos ampliados, decorrentes do avanço da pandemia de coronavírus, o mundo que compartilhamos necessita cada vez mais de solidariedade, compaixão, esperança e alteridade, mas ainda se depara com um sistema econômico autofágico que subsiste impulsionado pela lógica do lucro e pelo individualismo antropocêntrico, levando muitos a aderir a ideologia de mercado por ignorar o seu poder de destruição e degradação da natureza.

Reconhecendo ou não esta fragilidade do modo de produção capitalista, as sucessivas crises ambientais e seus impactos revelam que estamos serrando o último galho sobre o qual nos encontramos todos assentados e não haverá, ainda que alguns pós-humanistas ou transumanistas possam entusiasmar-se com a possibilidade da humanidade encontrar uma outra morada, fora da Mãe Terra, nosso porto seguro na imensidão do Universo, uma outra biosfera à nossa disposição, muito menos uma outra arca de Noé¹, para recorrer a um arquétipo bíblico, poderosa imagem análoga aquela do famoso Épico de Gilgamés².

* Professor Doutor da Universidade Federal do Ceará (UFC).

¹ **Tradução Ecumênica da Bíblia**. Loyola: São Paulo, 1994, p. 34: “Todos os que respiravam o ar por um hálito de vida, todos os que viviam sobre a terra firme, morreram. Assim o Senhor apagou todos os seres da superfície do solo, homens, animais grandes, animais pequenos e até os pássaros do céu. Foram apagados; Só restou Noé e os que estavam com ele na arca” (Gênesis, 7, 22).

² **Épico de Gilgamés**. Trad. Francisco Luís Parreira. Porto Editora: Porto, 2017, p. 147: “Durante seis dias e seis noites uivaram os ventos; as chuvadas, os vendavais, o Dilúvio – devastaram a terra. Mas, ao chegar o sétimo dia, [destróçada a terra, o furacão belicoso] amainou, o Dilúvio cessou. O oceano, que esbravejava como a mulher que dá à luz, sossegava, a tormenta apaziguava, findava o Dilúvio. Contemplei os céus, montava a calmaria, mas a humanidade fora reduzida a argila (...) Abri a escotilha, o ar vivo feriu-me o rosto” (Atra III iii 16-7).

No contexto atual, de agonia e medidas de isolamento social decretadas por autoridades governamentais, em busca de prevenção e imunização contra vírus letal e suas mutações que já ceifaram inúmeras vidas, ameaçando suprimir outras tantas e colocando em xeque a própria sobrevivência da nossa espécie humana, mas alimentado pela esperança do tratamento mais seguro proporcionado pelas vacinas recém-descobertas, louvadas como extraordinárias conquistas da **ciência**, recebi com alegria o honroso convite para prefaciar a obra “Os Direitos Sociais nos 30 anos em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, coordenada pelos professores Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Bleine Queiroz Caúla e organizada por André Godinho, Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro e Hian Silva Colaço.

Trata-se, na verdade, do décimo oitavo volume de uma primorosa série de publicações decorrentes de evento internacional de grande repercussão, referência obrigatória no cenário acadêmico nacional e internacional, parte do calendário e agenda de todos aqueles que pretendem atualizar-se sobre as questões mais instigantes e atuais no campo do Direito. Refiro-me ao **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional – DACI**, que completará 10 (dez) anos de existência em 2022, seminário revelador de uma amplitude e capacidade de mobilização acadêmica admiráveis, a ponto de já ter se realizado com êxito inquestionável em várias cidades do Brasil (Fortaleza, Brasília, Belém, Belo Horizonte, Palmas, Marília e Rio de Janeiro) e mesmo do exterior (Quito, Lisboa, Porto, Braga, Tarragona, Santiago de Compostela, Sevilla e Teramo), sempre com prestigiada participação de professores, pesquisadores e estudantes, mercê dos esforços da talentosa orquestra de pesquisadores, regida pela Profª. Bleine Queiroz Caúla, na pessoa da qual dirijo saudação a todas e todos, expressando minha admiração e elogios não somente pela qualidade dos trabalhos produzidos, mas de igual modo pela capacidade de articulação e abertura ao diálogo, refletidos na tessitura dos textos que integram esta coletânea.

Neste volume, a obra reúne trabalhos submetidos e apresentados no **XIII Diálogo ACI**, realizado, de forma praticamente simultânea, 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 Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal), edição que homenageou a Procuradora Federal Maria Zaíde Farias de Freitas, em justo reconhecimento a sua louvável dedicação à carreira jurídica, ao tempo em que celebrava o 30º aniversário da balzaquiana Constituição Brasileira de 1988, a nossa “Constituição Cidadã”, nas palavras do saudoso constituinte Ulysses Guimarães.

Nossa Constituição, cujas três décadas de vigência ininterrupta foram comemoradas com a realização do evento e preparação deste volume da coleção Diálogos ACI, é documento jurídico-político que se tem mostrado resiliente ante as mais severas crises institucionais e as mais abjetas investidas dos “fatores reais de poder” contra aquilo que nela está disposto. Apta a enfrentar vários reveses e tentativas de afronta ao núcleo essencial de seu texto e ao seu espírito, a Constituição tem conseguido, mercê da solidez de nossas instituições jurídicas e políticas, bem como da vigilância permanente de setores atentos da sociedade brasileira, manter a sua força normativa, não obstante os abusos que, aqui e acolá, em seu nome são perpetrados, não raro pelos que deveriam ser os primeiros a zelar pelo seu cumprimento e eficácia.

Ainda somos no Brasil, entretanto, uma democracia tutelada e frágil, a julgar pelos fatos que tem acontecido no último quadriênio (2016-2020) e de cujas consequências ainda nos ressentimos, como se observam dos reflexos de autoritarismo governamental que mal conseguem ocultar-se, manifestando-se em plena luz do dia, em afronta ao Estado Democrático de Direito, a revelar o esgarçamento do pacto constituinte que gerou a nossa Constituição Brasileira atual, assinalando o fim da

chamada Nova República, como já acentuado por Linhares³, percepção compartilhada por outros pensadores do Direito e da Ciência Política.

Os trabalhos aqui reunidos, com temáticas bastante oportunas, abordam temas atuais e de mais alta relevância social, política, econômica e ambiental, proporcionando leituras que ultrapassam os horizontes de uma abordagem estritamente jurídico-dogmática para alcançar a perspectiva da interdisciplinaridade, abordagem essa já tão conhecida dos que labutam no ensino e pesquisa do Direito Ambiental, talvez o mais transdisciplinar e certamente o mais fascinante dos ramos do Direito Positivo, cada vez mais necessário em nossa civilização científico-tecnológica cujas ameaças, riscos e danos ao meio ambiente têm se tornado uma constante, a exigir de todos nós, estudiosos e pesquisadores, militância permanente em defesa da ecossfera, além da investigação de soluções inovadoras e sustentáveis.

A obra-coletânea é aberta com o trabalho da professora Francesca Vaccarelli, da *Università degli Studi do Teramo*, escrito na língua de Shakespeare, no qual aborda a linguagem dos direitos sociais, realizando uma análise comparativa entre direito europeu, direito internacional e direito comparado, sequenciado por dois outros, quais sejam: o artigo do professor Massimo Spinozzi, da *Università degli Studi di Macerata*, lavrado na língua de Dante e versando sobre a proteção constitucional da saúde e os limites que afetam a garantia deste direito fundamental, além do trabalho de autoria da Profa. Carla Amado, da Universidade de Lisboa, escrito na língua de Camões, tratando do princípio da função social da propriedade em contexto de incêndios florestais.

Na sequência, a obra traz vários outros artigos, moldados na nossa “última flor do Lácio”⁴, sobre diversificados temas que, assim como aqueles

³ Cf. LINHARES, Kennedy Reial (org.). **Fim da Nova República e Rumos da Democracia Brasileira**: escritos em homenagem a Associação Brasileira Juristas pela Democracia. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

⁴ Cf. BILAC, Olavo. **Poesias**. 23. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1964. No poema Língua Portuguesa, Bilac elogia a nossa língua materna e enaltece sua

que a inauguram, poderiam perfeitamente ser agrupados nos três grandes eixos temáticos que dão nome ao evento, o que faremos ao comentá-los a seguir, de forma breve para não tirar aos leitores o prazer especial da descoberta das novidades que estes revelam durante a própria leitura que, certamente, farão com o mesmo entusiasmo do qual fui tomado.

No âmbito do **Direito Ambiental**, há trabalhos versando sobre a poluição causada pelo tráfego aéreo no quadro das políticas públicas da União Europeia, bem como sobre os impactos sociais e ambientais da pirataria na indústria da moda, alcançando ainda a problemática dos povos indígenas da Amazônia Legal enquanto deslocados ambientais por ocasião dos abalos ao meio ambiente. Os autores que abordam estas temáticas são Carolina Arantes e Oliveira Maia, Dayane Nayara da Silva Alves, Nikaelly Lopes de Freitas, Marcos de Sousa França e Rainier Gomes Pereira da Silva.

Em matéria de **Direito Constitucional**, com enfoque nos direitos sociais, são abordadas as taxas moderadoras no anteprojeto de Lei de Bases da Saúde e o direito fundamental à saúde efetivado por meio de políticas tributárias de caráter extrafiscal, bem como a soberania alimentar como política constitucional e garantia do direito fundamental à alimentação, sem descuidar do direito ao saneamento básico, evidenciando o déficit e descaso históricos de 30 anos e a ineficácia da Constituição de 1988 neste tocante. Escrevem trabalhos sobre estas temáticas Aquilino Paulo Antunes, Clayton dos Santos Queiroz, Valter Moura do Carmo, Milena Petters Melo, Thiago Rafael Burckhart, Antonio Carlos Marchiori e Fernanda Bianco de Lucena Costa.

Já no que pertine ao **Direito Internacional**, a obra é contemplada com trabalhos que tratam da integração ambiental como agente da metamorfose do direito, com enfoque no Direito da União Europeia. Presentes ainda, entre as temáticas examinadas e discutidas na

extraordinária beleza: “Última flor do Lácio, inculta e bela./ És, a um tempo, esplendor e sepultura: / Ouro nativo, que na ganga impura / A bruta mina entre os cascalhos vela [...]”.

obra, o desenvolvimento e autonomia nacional relacionados a integração energética sustentável no Mercosul, abordando questões delicadas, como a migração no Brasil em cenário de risco, ao examinar a Lei nº 13.445/2017 e os diplomas internacionais à luz das diretrizes nacionais de 2019 e discutindo a cidadania no direito internacional no processo de integração regional, ao examinar os casos da União Europeia e do Mercosul. Elsa Leitão, Midred Cavalcante Barreto, Marcelo Ribeiro Uchoa, Valeska Alves Araújo Silva e Ana Paula Araújo de Holanda são os autores dos trabalhos versando sobre estes assuntos.

Por último, mas não de menor relevância (“*last but not least*”, como dito em *King Lear*⁵), destaco que há, na obra, trabalhos que se situam no eixo das temáticas transversais (de natureza constitucional, ambiental e jusfamiliar), considerando o conceito ampliado ou alargado de **Meio Ambiente**, no qual as famílias estão incluídas, sobretudo se considerarmos a abordagem da Ecologia Profunda ou Integral, objeto das reflexões de muitos, inclusive da proposta de ecologia social apresentada pelo Papa Francisco na carta encíclica “*Laudato Si*”⁶.

Não se pode olvidar que, no Brasil, até mesmo em face dos ditames constitucionais, a família é proclamada como base da sociedade

⁵ SHAKESPEARE, William. *The Tragedy of King Lear*, Edited by Barbara A. Mowat and Paul Werstine, Simon & Schuster Paperbacks. Folker Shakespeare Library: Washington, 2015.

⁶ Cf. FRANCISCO, Papa. *Laudato Si*. §§ 141-142, onde se lê: “Hoje, a análise dos problemas ambientais é inseparável da análise dos contextos humanos, familiares, laborais, urbanos, e da relação de cada pessoa consigo mesma, que gera um modo específico de se relacionar com os outros e com o meio ambiente. Há uma interação entre os ecossistemas e entre os diferentes mundos de referência social e, assim, se demonstra mais uma vez que «o todo é superior à parte». Se tudo está relacionado, também o estado de saúde das instituições duma sociedade tem consequências no ambiente e na qualidade de vida humana: «toda a lesão da solidariedade e da amizade cívica provoca danos ambientais». Neste sentido, a ecologia social é necessariamente institucional e progressivamente alcança as diferentes dimensões, que vão desde o grupo social primário, a família, até à vida internacional, passando pela comunidade local e a nação”. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html. Acesso em: 14 fev. 2021.

e objeto de especial proteção do Estado (art. 226, Constituição Federal), havendo o compromisso do Estado Brasileiro e o dever de seus agentes em priorizar e privilegiar a solução consensual de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil).

As famílias brasileiras, entretanto, mesmo após mais de três décadas de vigência da Constituição Federal, sofrem as consequências diretas do aumento do desemprego e da ausência, insuficiência ou ineficácias das políticas públicas de proteção a crianças, adolescentes, jovens e idosos, sujeitos vulnerabilizados que padecem em decorrência da expansão de diversas formas de violência (racial, de gênero, doméstica, etária etc) e do aumento das agressões ao meio ambiente e aos direitos humanos, facetas lastimáveis com as quais temos nos deparado todos os dias, sobretudo nos tempos difíceis de aprofundamento da crise da democracia representativa no Brasil e no mundo, ante a ascensão do neoconservadorismo e do negacionismo científico.

Nesse sentido, abordando o **meio ambiente familiar** e como este pode valer-se dos métodos de tratamento adequado de conflitos, a obra conta com artigos tratando da mediação e constelação familiar como técnicas metajurídicas de autocomposição de conflitos familiares, apresentando-as como justiça interdisciplinar e “dever social”, trazendo relatos da mediação e oficinas de pais e filhos como instrumentos de manutenção do vínculo de parentalidade no processo de ruptura conjugal. Tais artigos são subscritos por Ana Larissa Amauri Alexandre Bleine Queiroz Caúla, Fabíola de Lima Gonçalves, Bruna Ferreira de Araújo Bezerra e Dayse Braga Martins.

Estamos, de fato, diante de uma obra que nos permite cultivar aquela esperança do verbo “esperançar”, da qual nos falava o inesquecível Paulo Freire⁷, cujo centenário se celebra neste ano de 2021.

⁷ Cf. FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 15, na qual se lê: “Enquanto necessidade ontológica, a esperança precisa da prática para tornar-se concretude

Ao ler os trabalhos que a compõem, o leitor certamente se surpreenderá positivamente, seja pela profundidade com a qual os temas e problemas de pesquisa são abordados e discutidos, seja pela coragem, independência intelectual, clareza e objetividade com a qual seus autores os enfrentam, o que nos enche da autêntica esperança, aquela que, como na letra da música premiada em segundo lugar no Festival Internacional da Canção de 1968, nutre em todos nós a certeza de sermos também sujeitos da história, cidadãos e cidadãs ativos. Afinal, como cantou Vandré, na canção censurada no Brasil pela Ditadura Civil-militar, “quem sabe faz a hora e não espera acontecer”⁸.

A contribuição de pesquisadores de várias instituições, públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, na composição ou tessitura de livro-coletânea desta envergadura reflete a riqueza das abordagens e a extrema atualidade das questões por eles suscitadas, todas elas a nos compelir para a reflexão e impulsionar para a ação.

É de se louvar a iniciativa dos coordenadores e organizadores, bem como dos autores e coautores da obra, sobretudo porque vivemos numa época cada vez mais carecedora da abordagem humanística, transdisciplinar e democrática do direito, na qual a Ciência Jurídica vê-se cada vez mais encastelada e afastada da realidade social de nosso povo, produzindo um conhecimento livresco, voltado para si mesmo, sem referenciabilidade social e focado em produtivismo acadêmico ou mero reprodutivismo vazio de conteúdos. Estas posturas, lugar-comum em nossos dias e de uma miséria epistêmica inigualável, muitas vezes alimentadas por uma lógica fabril estimulada pelas próprias universidades e instituições de fomento à pesquisa, sustentadas pela acrítica *incapacidade* dos juristas de pensar por si mesmos, de forma disruptiva, levam muitos a aderir ao “senso comum teórico”, para usar a

histórica. É por isso que não há esperança na pura espera, nem tampouco se alcança o que se espera na espera pura, que vira, assim, espera vã”.

⁸ VANDRÉ, Geraldo. Pra não Dizer que não Falei das Flores, do álbum **Geraldo Vandré no Chile**, Gravadora Som Maior, 1968.

expressão cunhada pelo saudoso professor Warat. Schopenhauer em *A Arte de Escrever*⁹ já reconhecia esta tendência em sua época, problema que ganhou escala industrial em nossos dias. O conhecido autor de *O Mundo como Vontade e Representação* e de *Parerga e Paralipomena*, chegou a escrever que, mesmo entre os escritores que pensam antes de se pôr a escrever, “é extremamente reduzida a quantidade daqueles que pensam sobre as *próprias coisas*, enquanto os demais pensam apenas sobre *livros*, sobre o que outros disseram”.

Felizmente, na contramão desta tendência quase irrefreável, os trabalhos que compõem esta obra primam pela sensibilidade social e pela interlocução com outras ciências, fugindo ao viés de purismo metodológico e formalismo que ainda subiste em outros artigos jurídicos e ao reprodutivismo, objeto de críticas já formuladas por Pierre Bourdieu¹⁰, fator tão comum no chamado “sistema” educacional e agravado no âmbito do ensino e mesmo na pesquisa jurídicos. Por isso, exercitando esta capacidade de pensar os problemas mesmos e não se atendo a fazer bricolagem legislação e jurisprudência ou de respostas alheias como sinal de erudição vazia, os artigos que compõem esta obra merecem ser lidos e, certamente, ensejarão reflexão, ação e, claro, também a esperada crítica honesta dos pares da comunidade científica,

⁹ Na obra, Schopenhauer afirma existirem três tipos de escritores. Em suas palavras: “Há três tipos de autores: em primeiro lugar, aqueles que escrevem sem pensar. Escrevem a partir de sua memória, de reminiscências, ou diretamente, a partir de livros alheios. Essa classe é mais numerosa. Em segundo lugar, há os que pensam enquanto escrevem. Eles pensam justamente para escrever. São bastante numerosos. Em terceiro lugar, há os que pensaram antes de se pôr a escrever. Escrevem apenas porque pensaram. São raros” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A Arte de Escrever**. Trad. Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2005, p. 57).

¹⁰ Cf. BOURDIEU, Pierre ; PASSERON, Jean-Claude. **A Reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 4. ed. Trad. Reynaldo Bairão. Petrópolis-RJ: Vozes, 2011.

fundamental para que ocorra o progresso de qualquer ciência¹¹, como diria o epistemólogo Karl Popper¹².

É sempre salutar lembrar que o jogo da ciência segue e deve seguir estas regras numa sociedade aberta, democrática, sem o receio de ferir suscetibilidades ou a necessidade de agradar aos que financiam as pesquisas. O edifício da ciência é construído com muito esforço, individual e coletivo. Cada um de nós, seja estudante, professor ou pesquisador, é chamado a contribuir na sua construção, despendo-se da arrogância e suposto saber decorrente de titulações acadêmicas e abandonando a vaidade intelectual que permeiam o ambiente jurídico ou acadêmico para enfrentar as questões mesmas, procurando refutar teorias, submetê-las a testes de falseabilidade, ousando questionar paradigmas, por mais hegemônicos e sólidos que estes possam parecer à primeira vista.

Sem esta capacidade de abertura que eventos como o **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional – DACI** tem proporcionado, dificilmente conseguiremos suplantar a crise multifacetada na qual se encontram as nossas democracias, crise que precisa ser pensada considerando todos os aspectos que nela estão envolvidos, sejam eles ambientais, econômicos, jurídicos, culturais, sociais, políticos ou educacionais.

¹¹ Cf. POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**: o progresso do conhecimento científico. p. 57 (“Toda solução dada a um problema levanta novos problemas: principalmente quando o problema original é profundo e a solução apresentada é corajosa”).

¹² Cf. POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia. São Paulo: EdUSP, 1974, v. 2, p. 403 (“Assim, podemos aprender, podemos crescer em conhecimento, ainda que nunca possamos conhecer – isto é, conhecer com certeza. Visto como podemos aprender, não há razão para desesperar da razão; e visto como nunca podemos conhecer, não há base aqui para presunção ou vaidade pelo crescimento do nosso conhecimento”).

Exposição

Bleine Queiroz Caúla*

Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional – DACI é um projeto acadêmico com compromisso científico de promover a pesquisa. A qualidade metodológica dos artigos publicados é um diferencial do 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**” –, foi realizado no Brasil (Universidade Candido Mendes – Campus Ipanema; e na Europa (Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche, Itália e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal), em outubro de 2018. Registramos os 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 do evento nas respectivas Universidades.

A Procuradora Federal Maria Zaíde Farias de Freitas, cearense natural de Mombaça, é homenageada nos volumes 17 e 18 da obra Diálogo ACI em reconhecimento a sua dedicação à carreira jurídica.

A publicação impressa é editorada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Agradecemos aos advogados André Godinho e Valdetário Monteiro Andrade pelo inestimável apoio à publicação nacional. O e-Book internacional, na

* Coordenadora Científica do Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional.

versão portuguesa, é publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O volume 18 reúne os artigos dos palestrantes do XIII Diálogo ACI, professores de Instituições de Ensino Superior brasileiras e estrangeiras. Os artigos de autores estrangeiros obedecem à metodologia internacional.

No ano de 2019 o seminário internacional 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, marcado pela Pandemia da COVID-19, não foi possível a realização do XVI Diálogo ACI, previamente agendado para acontecer na Universidad Complutense de Madrid, capitaneado pelo Professor Fernando González Botija e mais uma vez na Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche, Itália, a convite da Professora Anna Ciammariconi.

Por decisão colegiada dos membros da Comissão Científica, optou-se por não realizar o XVI Diálogo ACI na versão virtual. Faço minhas as palavras da amiga Carla Amado Gomes “We’ll be back”.

Boa leitura!

Sumário

Social rights language between universalism and vernacularization: a comparative analysis between eu law, international law and comparative law	1
--	---

Francesca Vaccarelli

La tutela costituzionale della salute ed i limiti che ne condizionano la garanzia	15
--	----

Massimo Spinozzi

O princípio da função social da propriedade em contexto de incêndios florestais	37
--	----

Carla Amado Gomes

As taxas moderadoras no Ante-Projeto de Lei de Bases da Saúde	55
--	----

Aquilino Paulo Antunes

A poluição causada pelo tráfego aéreo no quadro das políticas públicas da União Europeia	83
---	----

Carolina Arantes e Oliveira Maia

A integração ambiental como agente da metamorfose do direito - enfoque no Direito da União Europeia	113
--	-----

Elsa Leitão

Mediação e Constelação Familiar – técnicas metajurídicas de autocomposição de conflitos familiares: justiça interdisciplinar e “dever social” 141

Ana Larissa Amauri Alexandre

Bleine Queiroz Caúla

Fabíola de Lima Gonçalves

A soberania alimentar como política constitucional e garantia do direito fundamental à alimentação..... 175

Milena Petters Melo

Thiago Burckhart

Antonio Carlos Marchiori

Os impactos sociais e ambientais da pirataria na indústria da moda.... 201

Dayane Nayara da Silva Alves

Desenvolvimento e autonomia nacional: da integração energética sustentável no Mercosul 221

Midred Cavalcante Barreto

Migração no Brasil: cenário em risco: (a Lei nº 13.445/2017 e os diplomas internacionais à luz das diretrizes nacionais de 2019)..... 239

Marcelo Ribeiro Uchôa

Direito ao saneamento básico: déficit e descaso históricos 30 anos depois da CF/88 285

Fernanda Bianco de Lucena Costa

Mediação e oficinas de pais e filhos: instrumentos de manutenção do vínculo de parentalidade no processo de ruptura conjugal 319

Bruna Ferreira de Araújo Bezerra

Dayse Braga Martins

Os povos indígenas da Amazônia Legal enquanto deslocados ambientais por ocasião dos abalos ao meio ambiente 341

Nikaelly Lopes de Freitas

Marcos de Sousa França

Rainier Gomes Pereira da Silva

A cidadania no direito internacional e no processo de integração regional: os casos da União Europeia e do Mercosul 377

Valeska Alves Araújo Silva

Ana Paula Araújo de Holanda

O direito fundamental à saúde sendo efetivado por meio de políticas tributárias de caráter extrafiscal 401

Clayton dos Santos Queiroz

Valter Moura do Carmo

Posfácio..... 431

André Godinho

Social rights language between universalism and vernacularization: a comparative analysis between eu law, international law and comparative law

Il linguaggio dei diritti sociali tra universalismo e vernacularizzazione: un'analisi comparata tra diritto europeo, diritto internazionale e diritto comparato

Francesca Vaccarelli*

Abstract: This paper aims at emphasizing the importance of treating economic and, more importantly, social rights as human rights, rather than as desirable goals, development challenges or social justice concerns. In this respect, the global language of human rights, and of social and economic rights in particular, has permeated progressive politics throughout the world over the last centuries. A voluminous academic literature has dealt with the growing importance of social rights language both in constitutional texts and in the politics of social provisions and human security. But, despite its global origins, universal social rights language has gone through a process of so-called “vernacularization” (Merry, 2006; Brinks *et al*, 2015; Alston 2017), through which it has transformed and has been transformed by local politics. Such a process can be read as one more instance of the tension between the particularism of domestic constitutions and their appeal to universal principles (Jacobsohn, 2010).

Keywords: Social Rights Language. Human Rights. Vernacularization. Constitutionalism. Comparative Analysis.

Sommario: Lo scopo del presente saggio è quello di sottolineare l'importanza di considerare i diritti economici e sociali come diritti umani, piuttosto che

* Researcher of English Linguistics and Translation Studies, Faculty of Communication Science, University of Teramo – Italy.

come obiettivi desiderabili, sfide di sviluppo o un interesse legato soltanto alla giustizia sociale. A tal riguardo, il linguaggio globale dei diritti umani, e dei diritti sociali ed economici in particolare, ha permeato la politica progressista in tutto il mondo negli ultimi secoli. Una voluminosa letteratura accademica si è occupata della crescente importanza del linguaggio dei diritti sociali sia nei testi costituzionali che nelle politiche sulle misure sociali e per la sicurezza degli individui. Ma, nonostante le sue radici e la sua diffusione siano universali, il linguaggio dei diritti sociali ha subito un processo di cosiddetta "vernacularizzazione" (Merry, 2006; Brinks *et al.*, 2015; Alston 2017), attraverso cui ha trasformato la politica locale, così come specularmente ne ha subito una trasformazione. Questo processo può essere considerato come un ulteriore esempio della tensione tra il particolarismo delle costituzioni nazionali e il loro appello ai principi universali (Jacobsohn, 2010).

Parole chiave: Linguaggio dei diritti sociali. Diritti umani. Vernacularizzazione. Costituzionalismo. Analisi comparata

Introduction

The aim of this study is to outline, in a synchronic perspective, the main distinctive features, especially the lexical ones, of the language used when dealing with the issue of social rights, focusing on constitutional law and then carrying out a comparative analysis on language practices employed in EU law, international law and comparative law. As we will highlight, the language of human rights, and of social and economic rights in particular, has gained greater importance in constitutional texts and in the politics guaranteeing social provisions and human security. But, in the face of its global roots, universal social rights language has undergone a process of so-called “vernacularization” we will focus on below, that selectively translates apparently universal objectives into a much more localized version deeply grounded in local social and political contexts.

1 Some definitions

As Dworkin argues¹, the notion of right is fundamentally liberal, as it opposes the individual to the authority. For the purposes of this linguistic investigation, it seems useful to cite the definition of social rights provided by the Italian Treccani encyclopedia and translated into English:

social rights—a set of rights recognized by the law to workers against the employer, also with reference to the fairness of trade union relations. Broadly speaking, social rights refer to a set of protections and services provided by the State and local authorities in order to guarantee a social protection network: education, health, pensions, social security (in case of illness, pregnancy, unemployment), social welfare services (for children and young people without families, the elderly, the chronically ill and the disabled)².

Therefore, the emphasis is placed first on labour relations and then, in a broad sense, on the other spheres that provide for the protection of essential social rights, so that every individual can live with dignity.

English-speaking countries tend to refer to ‘economic, social and cultural rights’ since their inclusion in the *Universal Declaration of Human Rights* (1948) and the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)* (1966). Often, and sometimes oversimplifying, reference is made exclusively to social rights to identify the whole set of economic, social and cultural rights. Amnesty International gives the following definition of economic and social rights:

¹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, London: Duckworth, 1977.

² Original – i.e., Italian – definition: “**diritti sociali**– Insieme dei diritti riconosciuti dalla legge ai lavoratori nei confronti del datore di lavoro, anche con riferimento alla correttezza delle relazioni sindacali. In senso lato, per d.s. si intende il complesso delle tutele e dei servizi erogati dallo Stato e dagli enti locali al fine di garantire una rete di protezione sociale: istruzione, sanità, pensioni, previdenza sociale (in caso di malattia, gravidanza, disoccupazione), servizi socio-assistenziali (per bambini e ragazzi senza famiglia, anziani, malati cronici e disabili)”. Available at: <http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti-sociali>. Accessed in: 14 april 2020.

Social and economic rights are concerned with basic human needs – for food, shelter, water and for the means to provide those things for oneself. We recognize that a person who is starving, who is homeless, who does not have the means to provide for their own basic needs, cannot realize any other human right. We demand dignity for all³.

The US non-profit organization that strives for the protection human rights, the National Economic and Social Rights Initiative (NESRI), defines economic and social rights as follows:

[They are] Human rights based on principles of dignity and freedom. Both are severely compromised when human beings cannot meet their fundamental needs. Economic and social rights guarantee that every person be afforded conditions under which they are able to meet their needs⁴.

On a deeper analysis, both for Amnesty and the NESRI economic and social rights include the right to an adequate standard of living, that is:

1. **the right to education**, enabling all people to participate effectively in a free society and leading to the full development of the human personality;
2. **the right to food, guaranteeing freedom from hunger and access to safe and nutritious food;**
3. **the right to health, ensuring the highest attainable standard of physical and mental health including access to care, nutrition and clean water and air;**

³ Available at: <https://www.amnesty.ca/our-work/issues/economic-and-social-rights>. Accessed in: 14 april 2020.

⁴ Available at: <https://www.nesri.org/human-rights/economic-and-social-rights>. Accessed in: 14 april 2020.

4. **the right to housing, ensuring access to a safe, secure, habitable, and affordable home with freedom from forced eviction;**
5. **the right to social security, guaranteeing that everyone, regardless of age or ability to work, has the means necessary to get basic needs and services;**
6. **the right to work, guaranteeing the opportunity to have fulfilling and dignified work under safe and healthy conditions with fair wages, affording a decent living for oneself and one's family. It also provides for freedom from unemployment and the right to organize – i.e., to form trade unions and join a trade union.**

Furthermore, these humanitarian associations recognize that men and women face different barriers to realizing their social and economic rights, hence they are acting globally to ensure that all individuals, regardless of gender, have full access to the same rights.

2 The concept of vernacularization

Over the last two decades, a voluminous scholarly literature has underlined the growing importance social rights language is acquiring in constitutional texts and in the politics providing for social needs and human security. According to recent studies⁵, we may argue that, in the face of its global roots, going beyond geographical borders, universal social rights

⁵ MERRY, Sally Engle. **Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice**, Chicago: University of Chicago Press, 2006.

BRINKS, Daniel M., GAURI, Varun, SHEN, Kyle. **Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension Between the Universal and the Particular**, **Annual Review of Law and Social Science**, 2015.

ALSTON, Philip. **Rethinking Economic and Social Rights: The Recognition, Institutionalization, and Accountability Framework**, **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No., 2017.

language has undergone a process of so-called vernacularization, through which it has transformed and has been transformed by local politics. This process, this shift into a more local, nearer and restricted dimension⁶, starts when particular rights are included in constitutional texts and goes on when local groups seize that language to express their specific aspirations. Therefore, the struggle to achieve social rights becomes a political one, grounded in and pursued through local structures used to claim those rights. In the course of such a struggle, rights acquire local peculiarities. Simultaneously, the unquestionable global origins and universal language of rights can give a chance to subordinate groups to challenge the *status quo*. As Brinks affirms, whether or not social rights constitutionalism in the end improves the situation for these groups or simply consolidates the *status quo* depends on the consequence of this vernacularization process, rather than on any *a priori* features of social rights language or social constitutionalism.

The issue of social rights constitutionalism – i.e., the increasing inclusion of social and economic rights language in constitutions, the increasing use of that language by social actors to pursue their goals, and the increasing judicialization of political disputes under the social rights label – is much-discussed. Often social rights are criticized for their imperialistic nature or purported ineffectiveness, but such criticism is based on the idea that human rights are or should be universal, relatively concrete prescriptions for particular solutions that can be imposed by legal means. But, as we have already pointed out, a branch of scholars argues that, although the language used is indeed global, once they are constitutionalized these rights go through such a process of vernacularization that selectively translates apparently universal aspirations into a much more localized version deeply grounded in local social and political contexts. The extent to which they are universal, or particular, or effective, is a function and a result of this process of vernacularization.

⁶ CROCE M.; SALVATORE A., **Filosofia politica**. Le nuove frontiere. Bari: Editori Laterza, 2012.

As Brinks *et al*⁷ stresses, the global language of human rights, and of social and economic rights in particular, has permeated progressive politics throughout the world over the last centuries. The right to housing has become a judicial claim for the demands of displaced communities; violations of the right to education have been decried by groups mobilizing for better schools; the human need for basic social provision is framed as a basic subsistence right, grounded in human dignity; and poverty itself has become a human rights violation. Courts in many countries have picked up the challenge and sought to enforce these rights-based claims, but many social movements have been using the language without necessarily intending to use the courts. This appeal to rights language can be interpreted as an expression of something apparently universal about human needs and the required response to them – an attempt to ground demands in a universal logic of human dignity that goes beyond and even comes first local politics, local constraints, local aspirations and ideals. However, it has to be considered as one more example of the tension between the particularism of domestic constitutions, leading to vernacularization, and their appeal to universal principles⁸. The comparative literature on social rights can be read as an account of how the universal language of rights is transformed by and, in its turn, transforms particular contexts.

Conor Gearty⁹ argues that, if we envisage that rights work effectively in the wider promotion of social justice, they need to be kept as far away as possible from the courts. He acknowledges the value of rights language in legal and political debate and accepts that human rights are not exclusively civil and political, but social rights language clearly has a

⁷ BRINKS, Daniel M., GAURI, Varun, SHEN, Kyle. Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension Between the Universal and the Particular, **Annual Review of Law and Social Science**, 2015.

⁸ JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional Identity**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

⁹ GEARTY, Conor, MANTOUVALOU, Virginia. **Debating Social Rights**, Hart Publishing, 2010.

progressive, emancipatory dimension. However, he says that lawyers – even well-intentioned lawyers – thwart or harm the achievability of radical transformation that a genuine commitment to social rights surely requires, but that may not be among the priorities of States.

In a 2014 volume, Posner¹⁰ suggests human rights have not and cannot address local demands adequately. In his view, because of their universal claims, reliance on international treaties and organizations, and often-vague prescriptions, human rights fail to create effective enforcement mechanisms and are doomed to remain parchment promises. But before testing their effectiveness, we have to set the terms of the debate more clearly. The problems courts and activists are tackling with the language of social rights are among the toughest and most complex problems facing the world today, dealing with the successful provision of health care and education, the protection of the environment, the support of a dignified existence for aging populations, and a decent standard of living for vast numbers of poor people. Posner points out that governments have failed to solve these problems so far, even in the relatively rare instances when they have seriously tried, and it is surely unreasonable to expect that social rights constitutionalism will have solved them over the decades since it has become a real political phenomenon. Therefore, Posner maintains that research on the effectiveness of social rights constitutionalism needs to develop and defend sound measures of effectiveness both on a theoretical and, chiefly, an empirical level. He finally poses a question: might social rights become truly effective only once the language of social rights is fully incorporated into the political, social, and economic vernacular of a country, so they do not require a heavy judicial intervention?

¹⁰ POSNER, Eric A. **The Twilight of Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

3 Eu framework and social rights language

In an essay comparing fundamental social rights in the European and the Indian Union, Jörg Luther¹¹ argues that European and Indian social rights discourses are connected by international human rights law and common traditions of social constitutionalism but face extremely different backgrounds and realities. The common tradition of social rights protection in Europe has been today at least partially “constitutionalised” through sources of constitutional law as well as through sources of regional international human rights law. On the one hand, the EU law reflects the trend to take social rights more seriously and to promote both individual and collective complaints of social rights. On the other hand, social rights still rely, in different forms and degrees, on the specific constitutional identities of the European national democracies.

As long as the national systems of social security are regarded, comparative social and political studies divide the welfare capitalism in Europe in three areas: the liberal, the conservative-corporatist and the social-democratic one. The legal comparison shows five models of welfare in the EU Member States in a geographic order of decreasing economic competitiveness:

1. the Nordic welfare, based on universal citizenship rights with collective responsibility for extensive public services for health, education and job placement, extensive public employment and unemployment insurance managed by trade unions;
2. the Anglo-Saxon welfare, based on a national health service and residual entitlements of the poor through targeted, needs-based state action with individual responsibility in conditions

¹¹ LUTHER, Jörg. Comparing Fundamental Social Rights in the European and the Indian Union, *Lex Social*, v. 7, nr. 1, 2016.

- of equality of opportunities and self-reliance maximising markets, deregulated labour market and decentralized labour relations;
3. the North-Western version of continental welfare, based on obligatory social insurance for workers and their families (Bismarck) and a subsidiary collective responsibility allocated in families, churches and public corporations;
 4. the Southern version of the continental model, with a lower public social protection that leaves more responsibility to family assistance and voluntary third sector aid and offers a universal health care and highly differentiated pension schemes with deficits in woman employment and more fragmented trade unions (and political parties);
 5. the Eastern versions of welfare in post-communist States with new market economies that adapted and hybridized the other models under international pressure.

These differences partly explain why national constitutions in Europe have not been standardised to the international instruments of social rights protection.

Luther¹² highlights that Europe has already a common and shared concept of social rights in the Council of Europe (CoE) and EU law that includes a standard set of rights or directive principles for education, healthcare, social security, specific protection for weak categories (women, children, the elderly, the disabled) and for a healthy environment. This concept is open for “new social rights” linked to development, land, housing, food, water and the Internet. Furthermore, the principles and practices of European Constitutions have framed a common European constitutional standard on the basis of a core right of

¹² LUTHER, Jörg. Comparing Fundamental Social Rights in the European and the Indian Union, *Lex Social*, vol. 7, nr. 1, 2016.

a person to be protected in its own “social existence” and various forms of legal guarantees of social security referred to property, equality or dignity rights or principles.

The author concludes his reflection asserting that in Europe there is a common “spirit” and concept of social rights as a thin, neither neoliberal nor socialist synthesis and as a hybridisation of national legal and constitutional traditions and international law discourses. In March 2016, the European Commission presented the European Pillar of Social Rights, aiming at delivering new and more effective rights for citizens. It builds upon 20 key principles, structured around three categories:

- equal opportunities and access to the labour market;
- fair working conditions;
- social protection and inclusion.

The aim of the Pillar – jointly signed by the European Parliament, the Council and the European Commission on 17 November 2017 in Göteborg – is not to introduce new social rights, but to complement and make effective the existing EU social “acquis”. In this respect, Poulou¹³ has already remarked that, among the shortcomings of the Pillar of Social Rights, social rights language is remarkably absent.

Some final remarks

To draw some concluding remarks, the literature on this matter seems to stress the importance of treating economic and social rights as human rights rather than as desirable goals to be achieved, development challenges, problems of social justice or any other formula

¹³ POULOU, Anastasia. **Protecting Social Rights in Europe**: the EU and the CoE legal systems (law, courts, and other supervising institutions), paper delivered at the Centre for Judicial Studies (CEJ), Lisbon, 2017. Available at: http://www.ejtn.eu/PageFiles/15872/Poulou_EJTN.pdf. Accessed in: 14 apr. 2020.

that one may prefer. Most importantly, the language of rights recognizes and insists on the dignity and action of all individuals (regardless of their race, gender, social status, age, disability or any other distinguishing factor) and it is intentionally empowering. Whether at home, at school, in the workplace or in the village, or also in the political arena, it makes a difference if one is calling for the realization of collectively agreed and internationally recognized and defined rights to health, housing or education, rather than merely making a general request or demand.

References

ALSTON, Philip. Rethinking Economic and Social Rights: The Recognition, Institutionalization, and Accountability Framework, **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No. 2017, p. 17-48.

BRINKS, Daniel M., GAURI, Varun, SHEN, Kyle. Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension Between the Universal and the Particular, **Annual Review of Law and Social Science**, 2015. p. 289-308.

CROCE, Mariano; SALVATORE, Andrea. **Filosofia politica. Le nuove frontiere**. Bari: Editori Laterza, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, London: Duckworth, 1977.

GEARTY, Conor, MANTOUVALOU, Virginia. **Debating Social Rights**, Hart Publishing, 2010.

JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional Identity**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.

LUTHER, Jörg. Comparing Fundamental Social Rights in the European and the Indian Union, **Lex Social**, vol. 7, nr. 1, 2016.

MERRY, Sally Engle. **Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice**, Chicago: University of Chicago Press, 2006.

POSNER, Eric A. **The Twilight of Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

POULOU, Anastasia. **Protecting Social Rights in Europe: the EU and the CoE legal systems (law, courts, and other supervising institutions)**, paper delivered at the Centre for Judicial Studies (CEJ), Lisbon, 2017. Available at: http://www.ejtn.eu/PageFiles/15872/Poulou_EJTN.pdf. Accessed in: 14 apr. 2020.

La tutela costituzionale della salute ed i limiti che ne condizionano la garanzia

The constitutional protection of health and the limits that affect my guarantee

Massimo Spinozzi*

Premessa introduttiva: i determinanti della salute

Il diritto alla salute è un diritto condizionato. Lo dimostrano alcuni limiti che si pongono all'evidenza di chi si approcci al suo studio. Il tema diviene, quindi, verificare se – ed attraverso quali strumenti – l'effettività della tutela dei diritti, garantita dal principio di eguaglianza sostanziale, sia tale anche con riguardo all'unico diritto definito fondamentale dalla Carta costituzionale¹ ovvero se, proprio riguardo ad esso, tale effettività dimostri un cedimento.

L'analisi di tale tema ci si propone di condurre su due piani, tra loro evidentemente – e reciprocamente – condizionati: un primo piano relativo all'intervento del legislatore ed un secondo piano relativo alla funzione del giudice costituzionale. Per analizzare tale tema, su entrambi i piani ora descritti, verranno presi a paradigma due - nella consapevolezza che non si tratti degli unici - dei possibili limiti che sono in grado di condizionare l'effettività della tutela del diritto alla salute: il limite dato dai contesti territoriali nell'ambito dei quali il S.S.N. deve assicurare il diritto alla salute ed il limite dato dalla determinatezza delle

* Professore a contratto di Diritto pubblico dell'economia 2017/2018. È stato componente della "Commissione Statuto" dell'Università degli Studi di Macerata e della "Commissione Atti normativi" presso la stessa Università.

¹ Non egualmente ampia, invece, risulta essere la tutela approntata dall'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e dall'Art. 35 della Carta europea dei diritti dell'uomo del 2000.

risorse finanziarie. Si tratta di limiti, entrambi, dotati di notevole complessità per la loro natura intrinseca, che sono in grado di rappresentare variabili esogene rispetto al contesto nel quale si articola la tutela della salute.

L'interesse verso lo studio di detti limiti – che chiameremo con la denominazione di determinati – deriva dal fatto che essi sono in grado di condizionare non solo il grado attraverso il quale il diritto alla salute viene effettivamente garantito ma, in ultima analisi, sono in grado di condizionare l'esistenza delle persone (e non solo dei cittadini), provocando dei divari potenzialmente (ed, in alcuni casi, effettivamente) significativi dai quali derivano delle sperequazioni importanti². Proprio l'esistenza di tali sperequazioni rappresenta la dimostrazione di quanto l'effettività della tutela del diritto alla salute sia davvero condizionata e, in definitiva, di quanto l'effettività garantita dal principio di eguaglianza sostanziale possa risultare in discussione.

Un simile approccio mostra di ritenere la salute un bene rilevante non solo – e quasi banalmente – da un punto di vista biomedico ma anche da un punto di vista economico, giuridico e sociale³, così che

² Esiste uno studio, risalente ma attendibile, che indica in una misura variabile tra il 40% ed il 50% l'incidenza dei fattori socio-economici sul risultato (cfr. Murray C.J., Lopez A.D., *Mortality by cause for eight regions of the world: Global Burden of Disease Study*, Lancet 1997). Si tratta del risultato dell'indagine compiuta dal *Global Burden of Disease Study* (GBD), un metodo di ricerca che indaga dal 1990 sulle cause di mortalità nel mondo. Altri studi, poi, hanno mostrato che esiste una stretta correlazione tra fattori socio economici nell'infanzia e mortalità nell'età adulta (cfr. D. Kuh, *Mortality in adults aged 26-54 years related to socioeconomic conditions in childhood and adulthood: post war birth cohort study*, BMJ, 2002). Anche l'Indagine europea sulla salute (EHIS) del 2015 – l'ultima rilevazione disponibile in quanto quella del 2019 è ancora in corso e terminerà alla fine del 2019 – ha messo in evidenza un andamento tra reddito e istruzione da un lato e patologie inversamente proporzionale: all'aumentare dei primi diminuiscono le seconde.

³ Tale tipo di approccio valorizza la definizione di salute fornita nel 1948 dalla WHO nella sua *Constitutions*, quale “[...] a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. In altri termini, salute non solo quale assenza di malattia ma anche quale sussistenza di un benessere psicofisico. Non a caso, nel 1978, nel corso della Conferenza sulla *Primary Health Care*, svoltasi

la discussione viene a coinvolgere, oltre che un (inevitabile) piano giuridico, anche i c.d. determinanti⁴ della salute, con tale espressione intendendosi il complesso articolato di quei fattori che – al netto di quelli genetico-costituzionali, sui quali non è possibile alcun intervento in modifica – incidono sul risultato finale rappresentato dalla prestazione sanitaria effettiva⁵.

ad Alma Ata, venne discussa l'importanza dei fattori socio-economici per rendere universalmente accessibili i servizi sanitari essenziali.

⁴ Con il sostantivo determinanti (in generale) della salute si intendono alcuni fattori che, a vario titolo, sono in grado di condizionare l'individuo, avvantaggiandolo ovvero svantaggiandolo, nell'effettivo raggiungimento del livello del suo stato di salute, quale singolo e come componente di un contesto sociale più ampio. In particolare, rientrano tra i determinanti della salute i comportamenti e gli stili di vita, il patrimonio genetico e, tra i determinanti sociali, le situazioni che mettono in relazione l'individuo in un dato contesto sociale. Per quanto non rivesta un rilevante interesse nella presente sede, occorre dare conto del fatto che, rispetto ai determinanti della salute vi sono differenti approcci: alcuni tendono a far prevalere i determinanti individuali (sesso, età, stile di vita, patrimonio genetico), altri i determinanti sociali (condizioni economiche, contesto politico e socio-economico, contesto territoriale). Tuttavia, piuttosto che stilare una classifica in base al grado di reale incidenza di ciascun gruppo di determinanti (e di ciascun determinante) nel condizionare l'effettività del diritto alla salute, si ritiene sia più interessante lo studio di alcuni determinanti, prima singolarmente esaminati, al fine di valutarne il peso in termini di condizionamento rispetto alla massima espansione del diritto alla salute, provando, mediante un processo di eliminazione mentale, a simulare una condizione nella quale il singolo determinante possa essere rimosso. L'importanza dei determinanti della salute si ricava anche dall'ultima *“Relazione sullo Stato Sanitario del paese”* (RSSP 2013), edita dal Ministero della Salute, la quale contiene un paragrafo dedicato ai *“determinanti della salute”*, nell'ambito del quale viene assegnato uno spazio rilevante alle disuguaglianze della salute le quali sono generate, in una misura nettamente più rilevante (rispetto ad altri), dai determinanti socio-economici i quali, a loro volta, rappresentano l'origine di alcuni determinanti prossimali di tipo comportamentale.

⁵ La discussione intorno ai determinati della salute ha condotto, in sede WHO, alla creazione di un'apposita Commissione nel 2005, denominata *Commission on Social Determinants of Health*, la quale ha prodotto un primo rapporto nel 2007 costruendo un modello (fondato sullo schema elaborato nel 2001 da Diderichsen, Evans e Whitehead) esplicativo dei determinanti sociali e dei meccanismi che stanno alla base della disuguaglianza di distribuzione di prestazioni sanitarie. Sempre in sede di WHO è stato elaborato, nel 2014, nell'ambito del programma-quadro denominato *Health 2020*, un documento dal titolo *“Review of social determinants and the health divide in the WHO European Region: executive summary”* (attualmente in corso di revisione),

Si tratta di fattori in ordine ai quali non sussiste una cornice omogenea di riferimento entro cui possano essere ricompresi, essendo essi individuabili in condizioni differenti tra loro: fattori ambientali, sociali, economici, personali. Tuttavia, pur nella loro non omogeneità e, probabilmente, proprio a causa di tale non omogeneità, detti fattori, singolarmente ovvero congiuntamente, riducono ovvero ampliano la misura con la quale si ottiene l'accesso alla salute, creando delle discriminazioni in contesti territoriali differenti tra loro, sia all'interno di un singolo Paese che all'interno di un'area geografica.

Un particolare rilievo⁶ viene assegnato, tra i determinanti, a quelli sociali: ciò discende dalla necessità di dare spiegazione al

specificamente dedicato all'Europa, nell'ambito del quale, dopo aver affermato – secondo un approccio ormai non discutibile – che *“Health and well-being are much needed assets for us all and for the societies in which we live in today’s increasingly complex world.”*, ed aver affermato, con la particolare forza di tale Organismo internazionale, che *“There are widespread inequities in health between and within societies. They reflect different conditions in which people live and affect the magnitude and trends in health inequities in today’s Europe”* e che *“Health inequities offend against the human right to health and are unnecessary and unjust.”*, si è concluso che *“There are persistent and widespread inequities in health across the European Region”* e che *“Action is needed on the social determinants of health – across the life-course, in wider social and economic spheres and to protect future generations. Human rights approaches support giving political priority to improving health and reducing inequities in its social determinants.”* Il documento – che, per inciso, colloca l'Italia in una posizione di metà classifica – si apprezza sotto un profilo giuridico in quanto collega la ritrazione delle libertà individuali quale forma per garantire il benessere collettivo e l'accesso alla salute (*“The wider influences of society on the social determinants of individual health are of fundamental importance in enabling people to achieve the capabilities that lead to good health.”*). Sull'impatto delle disegualianze (in particolare di quelle sociali), sulla salute cfr. R. Hoffmann, T.A. Eikemo, I. Kulhánová, M. C. Kulik, M. Toch, G. Menvielle, J.P. Mackenbach and the EURO-GBD-SE consortium, *The potential impact of a social redistribution of specific risk factors on socioeconomic inequalities in mortality*, in *Annual Meeting of the Population Association of America* (PAA), San Francisco, USA, 2012. Si veda anche il Rapporto ISTAT *“La salute e il ricorso ai servizi sanitari attraverso la crisi”*, 2014.

⁶ La rilevanza del tema dei determinanti sociali della salute emerge, per quanto riguarda il contesto europeo, anche dall'interesse dimostrato dai 53 Paesi membri WHO i quali, nel 2012, hanno approvato un documento dal significativo titolo *“Health 2020: a*

fenomeno della differenziazione e del divario nell'erogazione delle cure in contesti territoriali differenti tra loro. Come ogni altra scienza, anche la scienza dell'amministrazione ha necessità di osservare il contesto dove le scelte politiche ed amministrative producono i loro effetti, così da implementare i livelli di tutela, operazione alla quale corrisponde il raggiungimento di un superiore livello di soddisfazione del cittadino-utente valutabile in termini di maggior conseguimento del bene della vita al quale aspirano il singolo e la collettività in cui è inserito (in una lettura, calata sul piano del diritto amministrativo, dell'art. 2 Cost.).

In questo senso, i determinanti sociali della salute costituiscono una sorta di a priori rispetto al quale il legislatore e l'amministrazione trovano a doversi confrontare. Ed in tale loro natura i determinanti sociali si pongono anche in posizione anteriore rispetto ai limiti che la politica e l'amministrazione impongono alla tutela della salute, nel senso che detti limiti si stagliano su un piano sul quale i determinanti sono già presenti e ne vincolano il disporsi degli attori e le loro relazioni.

In particolare, i determinanti rappresentati dal contesto territoriale e dalla capacità di produrre reddito rappresentano un dato⁷ rispetto al quale

European policy framework supporting action across government and society for health and well-being", nel quale, in sostanza, si evidenzia la necessità di un coordinamento delle politiche pubbliche europee in funzione di riduzione delle disuguaglianze della salute. Nel citato studio, ad esempio, si segnala come "the 20% of the population with the lowest income is most likely to delay seeking care because of fear of financial catastrophe from out-of-pocket payments" e come si sia sviluppata una interconnessione tra alcuni importanti determinanti (istruzione, nutrizione, accesso all'acqua) che si condizionano reciprocamente ("Considerable evidence supports the claim that education and health are correlated. Data indicate that the number of years of formal schooling completed is the most important correlate of good health. According to the 2003 Human development report (United Nations Development Programme): "Education, health, nutrition and water and sanitation complement each other, with investments in any one contributing to better outcomes in the others").

⁷ Nell'ambito del Programma 2018 (l'ultimo disponibile) del Centro Nazionale per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie del Ministero della Salute è stata sottolineata l'importanza di "[...] avviare specifiche azioni e politiche di contrasto, comprendendo i meccanismi attraverso cui lo svantaggio sociale, relativo e assoluto, agisce sulla salute.

la politica e l'amministrazione non possono affatto incidere con una funzione di eliminazione. È innegabile che il luogo ove si trova l'utente⁸ e la sua capacità di produzione di reddito rappresentano due fattori oggettivi di possibile sperequazione, rispetto ai quali la funzione, e lo scopo, della politica e dell'amministrazione non possono non convergere verso la riduzione del divario⁹. A ben guardare, se rispetto alla discriminazione

Una volta rivelati tali meccanismi, ognuno di essi può diventare una porta d'ingresso di un intervento di prevenzione o di correzione degli effetti sfavorevoli sulla salute”.

⁸ Si preferisce utilizzare il sostantivo utente in luogo di cittadino in quanto questo secondo sarebbe riduttivo e non consentirebbe di individuare, con adeguata cognizione di causa, l'intera platea dei potenziali soggetti destinatari dell'obbligo di cura incombente sullo Stato. Ci si riferisce, con evidenza, alla questione della tutela della salute degli stranieri (anche irregolari) presenti sul territorio nazionale, ai quali vengono erogate le cure sanitarie in ragione (quanto all'ordinamento domestico) della copertura costituzionale approntata al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo. In particolare, individuare il cittadino quale unico destinatario dell'obbligo di garantire le cure da parte dello Stato sul suo territorio, contrasta con la nota lettura costituzionale di tale vicenda contenuta nella (pur risalente) sentenza n. 306/2008 secondo la quale *“Al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia (da ultimo, sentenza n. 148 del 2008). E' possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini.”*

⁹ È proprio la necessità di riduzione del divario ad assurgere ad un ruolo centrale nelle politiche pubbliche, poiché esiste un rapporto di proporzionalità tra la riduzione delle disuguaglianze sociali e l'incremento dei livelli di salute (ed anche di benessere), in funzione della riduzione della vulnerabilità degli individui. Le ricerche compiute (tra le quali anche *Healt 2020*, citata nella nota che precede) dimostrano che le disuguaglianze sociali, condizionando le potenzialità di accesso alla salute, sono in grado di incidere sull'aspettativa di vita: agire sui determinanti sociali della salute rappresenta una via per la riduzione efficace di numerose disuguaglianze, in maniera particolare se le azioni di intervento vengono proposte contemporaneamente in più ambiti di operatività (ad esempio: salute ed istruzione, salute e sviluppo urbanistico). Un simile approccio, di tipo macro-economico, mostra, da un lato, la necessità di un intervento intersettoriale della *governance*, tra settore

derivante dalla capacità di produrre reddito l'ordinamento ha posto rimedio sia informando il Servizio Sanitario Nazionale al principio mutualistico (che ha ispirato il modello universalistico, di nemmeno troppo risalente introduzione nel nostro ordinamento¹⁰) sia introducendo nella Carta Costituzionale il principio di progressività della tassazione del reddito prodotto dai cittadini residenti, con riguardo – invece – al discrimine derivante dal contesto territoriale il legislatore non ha approntato alcun rimedio a livello macro. In altri termini, nascere (ovvero decidere successivamente di trasferirsi) in contesti territoriali potremmo dire distanti da una antropizzazione spinta del territorio rappresenta un dato rispetto al quale l'assenza di misure immediate di tutela della salute costituisce un fattore non eliminabile¹¹.

sanitario e settori non sanitari e, dall'altro, la necessità di un programma di interventi multilivello. È significativo, poi, che la stessa ricerca *Health 2020* individui il fattore della partecipazione popolare quale chiave di *enforcement* del processo di riduzione delle disuguaglianze in tema di tutela della salute ed accesso alle cure (*"In adopting Health 2020, all countries agreed on two common objectives: the need to improve health for all and reduce the health divide and the need to strengthen leadership and participatory governance for health. In outlining ways to address these objectives, Health 2020 proposes new forms of governance for health, in which health and well-being are seen as the responsibility of the whole of society and of the whole of government, and encourages active public participation in policy-making."*).

¹⁰ L'introduzione del modello universalistico si deve alla L. 23 dicembre 1978, n. 833 (*"Istituzione del Servizio Sanitario nazionale"*). Prima dell'istituzione del S.S.N. – la quale, non casualmente, avviene solo dopo l'istituzione delle Regioni, nel 1971 – la nozione di tutela della salute, espressa nell'Art. 32 Cost., era rimasta assolutamente indifferente rispetto alla individuazione di un modello di sistema sanitario (che di quella nozione doveva essere ed è tuttora il principale motore): in tal senso, è possibile affermare che, solo con la L. 23 dicembre 1978, n. 833, trova piena attuazione il principio, indicato all'Art. 97 Cost., secondo il quale, letta tale norma non in una accezione minima bensì ampia, il risultato dell'attività amministrativa dipende dalla qualità dell'organizzazione.

¹¹ Basti pensare, a sostegno del ragionamento offerto, alla classificazione per legge delle strutture ospedaliere effettuata dal c.d. "Decreto Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158) tra presidi di base (bacino d'utenza compreso tra 80.000 e 150.000 abitanti), presidi di primo livello (bacino d'utenza compreso tra 150.000 e 300.000 abitanti) e presidi di secondo livello (bacino d'utenza compreso tra 600.000 ed 1.200.000 abitanti).

1 Il limite dato dai contesti territoriali

Con l'indicazione di tale limite si vuole rappresentare un duplice condizionamento: un primo relativo al divario che il territorio frappone tra l'individuo ed i luoghi nei quali vengono erogate le cure, in particolare quelle riferite alle c.d. acuzie; un secondo relativo all'ambiente (anche) sociale nel quale l'individuo viene trovarsi stabilmente in un determinato periodo.

Con riguardo al primo aspetto occorre precisare che su di esso incide la classificazione delle strutture ospedaliere attualmente vigente, la quale opera una doppia qualificazione delle strutture in base ai requisiti ed in base alla densità di popolazione. Tale classificazione, e quanto ne consegue in termini di prossimità del servizio sanitario rispetto al bisogno terapeutico, fa sì che solo al raggiungimento di determinati livelli di concentrazione di popolazione si verifichino le condizioni per l'insediamento dei presidi ospedalieri nei quali possono essere erogate le cure complesse.

Di immediata evidenza che tale impostazione di politica sanitaria incide, inevitabilmente, sia direttamente sulla prossimità del presidio (e, quindi, della cura) rispetto alla domanda, sia indirettamente sul risultato atteso dalla cura stessa. Con la conseguenza che il divario territoriale viene a costituire una discriminante importante rispetto al risultato.

Tale divario è argomento di intervento da parte dell'autonomia regionale¹² in materia sanitaria: l'introduzione di questo differente assetto di poteri tra Stato e Regioni, e la sua successiva applicazione ed affermazione, ha fatto venir meno una visione di insieme statale, e su base nazionale, attribuendo alle Regioni la potestà legislativa (ed amministrativa) di disporre del territorio senza che avessero a disposizione un criterio orientativo di uniformità che fungesse da riferimento per assicurare omogeneità dell'offerta sanitaria sia sul

¹² L'autonomia regionale riveste un rilievo primario anche per quanto riguarda l'altro fattore di condizionamento, quello economico-finanziario, del quale si discuterà nel paragrafo successivo.

singolo piano regionale che sul piano nazionale comparando le varie esperienze territoriali¹³.

Un'ulteriore leva a disposizione delle Regioni per incidere sul divario territoriale è data dalla quantità di prestazioni affidate all'erogazione dei soggetti privati, più capillarmente distribuiti sul territorio regionale. Mediante il sistema degli accreditamenti sanitari, infatti, si realizza un'integrazione tra sanità pubblica e sanità privata tale per cui i punti di offerta vengono incrementati nel numero per assicurare una maggiore copertura territoriale ed anche una maggiore risposta (in termini numerici di prestazioni erogate) rispetto alla domanda terapeutica.

Il tema del divario territoriale in sanità è stato affrontato anche dalla Strategia Nazionale per le aree interne (SNAI)¹⁴, nell'ambito della quale è stato colto il limite dato dal contesto territoriale. In particolare,

¹³ A titolo esemplificativo basti ricordare che la politica sanitaria regionale si è divisa tra quelle Regioni che hanno massimizzato il criterio di prossimità, disponendo la costituzione di aziende sanitarie di piccole dimensioni (come è accaduto in Veneto) per offrire una copertura capillare del territorio, e quelle che hanno, invece, adottato una scelta di senso opposto (Campania, Lazio, Toscana). Unico nel panorama regionale il caso delle Marche, ove esiste un'unica azienda sanitaria regionale (pur ammettendo tre esperienze di ospedali costituiti in forma di aziende ospedaliere autonome).

¹⁴ Si veda, in proposito, l'Accordo di partenariato 2014-2020, allegato al documento tecnico denominato “*Strategia nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti e governance*”, trasmesso alla CE il 9 dicembre 2013, nell'ambito del quale, a proposito delle politiche di riorganizzazione dell'assistenza sanitaria sul territorio, si afferma che “*Le conseguenze di questa riorganizzazione per le aree oggetto di questa strategia sono evidenti a partire dalla definizione stessa di area interna, che ne sottolinea la perifericità e la bassa densità abitativa, tutti elementi che spingono nella direzione di un allontanamento dei centri di cura (intesi come ospedali, ma non solo) che diventano meno numerosi sul territorio e più grandi rispetto al passato. Se c'è un piccolo ospedale, si dovrebbe chiudere perché inefficiente e rischioso/inefficace in termini di salute. Se non c'era, l'area interna difficilmente può essere prescelta come luogo per costruirne uno nuovo più grande (e questo vale per il pubblico, così come per i servizi privati, che non dovrebbero trovare profittevole installarsi in un'area dove manca la domanda). Tutti questi elementi spingono verso un possibile peggioramento sul versante dell'equità proprio in aree dove i processi più accentuati di invecchiamento della popolazione, dovrebbero assicurare il perseguimento di efficaci soluzioni di policy.*”.

la S.N.A.I ha riconosciuto che la polverizzazione amministrativa tipica del nostro Paese – della quale è evidente esempio il numero dei Comuni, gli enti più prossimi al bisogno del cittadino anche secondo una lettura di sussidiarietà verticale – comporti la marginalizzazione delle aree interne (con tale termine intendendo quelle lontane da servizi essenziali quali scuola, sanità e mobilità), ed ha riconosciuto tale marginalizzazione come un fattore di disegualianza da affrontarsi su base nazionale¹⁵.

La S.N.A.I., a sua volta, si integra con il Patto per la Salute che, con cadenza triennale, Governo, Regioni e Province autonome sottoscrivono impegnandosi a raggiungere determinati obiettivi (fissati nel Patto) per migliorare l'appropriatezza dei servizi sanitari in ambito nazionale e garantire l'unitarietà del sistema¹⁶.

¹⁵ Ciò è avvenuto attraverso uno specifico documento di indirizzo per la programmazione della politica regionale, denominato *“Metodi e obiettivi per un uso efficace dei fondi comunitari 2014-2020”*, nel quale si legge che *“Nelle Aree Interne si declina in modo particolare il tema dell'equilibrio dell'offerta e dell'integrazione delle funzioni assistenziali ospedaliere, territoriali e domiciliari, coerentemente con i criteri di utilizzo efficiente ed appropriato delle risorse del SSN, reso ancora più cogente in ragione della distanza dai servizi e dalle peculiarità orografiche, demografiche e socioeconomiche di tali aree. Peraltro, le difficoltà di erogazione dell'assistenza sanitaria in territori dove la popolazione anziana è molto elevata e la natalità molto bassa, si configura spesso come possibile causa dello spopolamento.”*.

¹⁶ Il prossimo Patto per la Salute 2019-2021, attualmente in fase di gestazione, prevede, tra le teste di capitolo, una voce denominata *“Reti strutturali di assistenza territoriale sociosanitaria”*. Già nel precedente Patto per la Salute 2014-2016 è stata prevista la riorganizzazione ospedaliera, in funzione della migliore copertura territoriale, potenziando la c.d. medicina del territorio e superando il c.d. modello a dimensione scalare che ha caratterizzato, e continua a caratterizzare, l'organizzazione ospedaliera in Italia. Una simile impostazione, per poter condurre ad un risultato, necessita che sia concentrata l'attenzione, per strutturare la domanda in termini di soddisfacimento dell'offerta ed erogazione della adeguata prestazione sanitaria, sulla tipologia di prestazione, con la consapevolezza che superare il modello scalare significa non assicurare qualsiasi prestazione in qualsiasi territorio ed a qualsiasi richiedente. Infatti, ed in particolare nell'ambito delle c.d. acuzie, non si può ragionevolmente ignorare il dato empirico per il quale la domanda terapeutica è finalizzata alla risoluzione del problema immediato: per determinate prestazioni, ad esempio quelle collegate all'emergenza, il Ministero della Salute individua come sufficiente la presenza, in un presidio ospedaliero, della disciplina di Medicina e Chirurgia di Accettazione ed Urgenza, in quanto indispensabile (e sufficiente) a garantire la stabilizzazione e l'osservazione del paziente,

Per far sì che la perifericità non faccia equivalenza con la marginalità e, quindi, per assicurare un livello minimo di servizi di base che connotano la stessa nozione di cittadinanza, tale limite può essere superato sostanzialmente attraverso quattro *driver* non necessariamente alternativi tra loro: ripensare, rafforzandola, l’offerta di servizi sanitari di base; migliorare la mobilità – che rispetto alla sanità svolge una funzione servente – da e verso le aree interne così da ridurre i tempi di spostamento per poter accedere ai servizi; potenziare la sanità telematica¹⁷; potenziare il sistema delle reti cliniche¹⁸.

operazioni preliminari all’eventuale ricovero che non necessariamente deve avvenire nello stesso presidio ospedaliero ma anche in altro più appropriato. In tal senso, già il D.M. n. 70/2015 ha previsto, nell’ambito della c.d. rete ospedaliera dell’emergenza, che sia consentito, in deroga ai limiti territoriali e dimensionali, la realizzazione o il mantenimento di un pronto soccorso nelle aree disagiate (definite in zone montane ed isole). Inoltre, lo stesso Decreto, muovendo dalla constatazione empirica secondo cui in numerose zone d’Italia si verifica la condizione per la quale esiste una distanza temporale superiore ad un certo limite tra un determinato territorio ed il luogo dove vengono erogate le prestazioni sanitarie, ha previsto che *“Le regioni e le provincie autonome di Trento e di Bolzano possono prevedere presidi ospedalieri di base per zone particolarmente disagiate, distanti più di 90 minuti dai centri hub o spoke di riferimento (o 60 minuti dai presidi di pronto soccorso), superando i tempi previsti per un servizio di emergenza efficace. I tempi devono essere definiti sulla base di oggettive tecniche di misurazione o di formale documentazione tecnica disponibile. Per centri hub and spoke si intendono anche quelli di regioni confinanti sulla base di accordi interregionali da sottoscrivere secondo le indicazioni contenute nel nuovo patto per la salute 2014-2016. Tali situazioni esistono in molte regioni italiane per presidi situati in aree considerate geograficamente e meteorologicamente ostili o disagiate, tipicamente in ambiente montano o premontano con collegamenti di rete viaria complessi e conseguente dilatazione dei tempi, oppure in ambiente insulare. [...] In tali presidi ospedalieri occorre garantire una attività di pronto soccorso con la conseguente disponibilità dei necessari servizi di supporto, attività di medicina interna e di chirurgia generale ridotta. Essi sono strutture a basso volume di attività, con funzioni chirurgiche non prettamente di emergenza e con un numero di casi insufficiente per garantire la sicurezza delle prestazioni, il mantenimento delle competenze professionali e gli investimenti richiesti da una sanità moderna.”*

¹⁷ In modo particolare con le tecnologie telematiche di telemedicina, le quali possono contribuire – quantomeno – a mitigare il divario territoriale ed anche quello in termini di essenzialità delle relazioni interpersonali fra operatori sanitari e pazienti. L’argomento di interseca con un altro, ugualmente di strettissima attualità, col quale condivide l’impostazione infrastrutturale del problema, ossia il tema del *digital divide*.

¹⁸ Al riguardo, l’Agenas ha adottato la *“Linee guida per la revisione delle reti cliniche”* del 2016 (poi adottate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le

Proprio la sanità telematica¹⁹ può rappresentare la linea di intervento centrale²⁰ rispetto alle altre, nel senso che assegnare ad essa il ruolo più rilevante nell'ambito di un progetto di complessivo ripensamento dell'erogazione delle prestazioni sanitarie implica anche rivedere il ruolo degli altri tre *driver*, i quali divengono di supporto e complementari e non primari²¹. Infatti, la sanità digitale consente di migliorare – indirettamente – anche in termini qualitativi, per il miglioramento della *performance* di efficacia ed efficienza, tutti i processi²². Tuttavia, l'ambizione del progetto

Regioni, e le Province Autonome di Trento e Bolzano nel 2018), trattando anche il ruolo della telemedicina con riguardo alle reti cliniche tempo dipendenti.

¹⁹ Che, peraltro, potrebbe essere ricompresa nel concetto di mobilità in generale, potendosi assegnare al sostantivo mobilità non solo quella reale ma anche quella virtuale.

²⁰ Tale ruolo è confermato dalle “*Linee di indirizzo nazionali*” ministeriali in argomento del 2014, ove si legge che “*L’innovazione tecnologica può contribuire a una riorganizzazione della assistenza sanitaria, in particolare sostenendo lo spostamento del fulcro dell’assistenza sanitaria dall’ospedale al territorio, attraverso modelli assistenziali innovativi incentrati sul cittadino e facilitando l’accesso alle prestazioni sul territorio nazionale. Le modalità di erogazione delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie abilitate dalla telemedicina sono fondamentali in tal senso, contribuendo ad assicurare equità nell’accesso alle cure nei territori remoti, un supporto alla gestione delle cronicità, un canale di accesso all’alta specializzazione, una migliore continuità della cura attraverso il confronto multidisciplinare e un fondamentale ausilio per i servizi di emergenza-urgenza.*”.

²¹ Intuibili, al riguardo, sono le ricadute positive in termini di sostenibilità dei servizi sanitari, altro non fosse per l’eliminazione (ovvero la sensibile riduzione) degli spostamenti da e per le strutture sanitarie per l’esecuzione di esami diagnostici non complessi.

²² Da quelli clinico-sanitari di prevenzione, a quelli (soprattutto) di diagnosi e cura, sino a quelli di riabilitazione. Il sistema di sanità digitale, infatti, beneficiando della possibilità di rendere accessibile, nello stesso momento a tutti gli operatori che devono occuparsi di un paziente ed ovunque essi si trovino, la completa storia clinica del paziente, consente sia una migliore gestione delle fasi dell’emergenza e dell’urgenza, ma anche della fase successiva di cura. D’altro canto, la sanità digitale, proprio in ragione della condivisione delle informazioni, consente anche di perseguire un’ulteriore finalità, consistente nella migliore gestione complessiva del paziente grazie allo scambio di informazioni (che genera scambio di conoscenze), esperienze ed opinioni, così che anche gli operatori sanitari possono derivare, da tale modalità operativa di erogazione della prestazione lavorativa, un risultato in termini di formazione indotto dalla gestione in *team* del paziente (risultato che, pur possibile anche all’interno della stessa struttura sanitaria, viene tuttavia amplificato dalla sanità digitale).

sconta due ostacoli non di poco rilievo: l'eliminazione degli ostacoli in termini di fiducia da parte dei pazienti²³, e la formazione degli operatori nell'utilizzo di determinate tecnologie.

²³ Per quanto non noto al grande pubblico, il tema della telemedicina è, già da tempo, stato affrontato anche in sede europea, in particolare dalla Commissione Europea attraverso almeno due atti molto significativi; la COM(2008)698 (*“Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni”*) del 4 novembre 2008, la quale, nel dichiarato perseguimento della finalità di *“creare fiducia nei servizi di telemedicina e favorire l'accettazione dei medesimi”*, afferma – muovendo da un dato dell'evidenza empirica che sintetizza come *“I cittadini europei invecchiano e sempre più vivono con malattie croniche. Le loro condizioni di salute richiedono spesso un potenziamento dell'assistenza medica che può non essere disponibile in zone inaccessibili e per certe specialità con la facilità e la frequenza che le loro condizioni di salute richiederebbero.”* - che la telemedicina *“[...] può contribuire a migliorare la vita dei cittadini europei, sia pazienti che professionisti della salute, affrontando allo stesso tempo le sfide che si pongono ai sistemi di assistenza sanitaria.”*, e che *“I vantaggi superano il semplice miglioramento dell'assistenza ai pazienti e dell'efficienza del sistema. La telemedicina può anche contribuire in misura significativa all'economia dell'UE: tale settore, in cui l'industria europea – comprese migliaia di piccole e medie imprese (PMI) – è in buona posizione, ha subito nell'ultimo decennio una rapida espansione e si prevede che continui a crescere a ritmo sostenuto. Malgrado il potenziale offerto dalla telemedicina, i suoi vantaggi e la maturità tecnica delle applicazioni, il ricorso a tali servizi è ancora limitato e il mercato presenta tuttora un alto grado di frammentazione. Sebbene gli Stati membri abbiano affermato il loro impegno per un più vasto uso della telemedicina, la maggior parte delle iniziative in questo settore è costituita da progetti singoli e di piccola scala non integrati nel sistema di assistenza sanitaria.”*; e la COM(2010)245 (*“Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: un'agenda digitale europea”*) del 19 maggio 2010, la quale ha affermato che *“I nuovi servizi di telemedicina quali le visite mediche online, il miglioramento delle cure di emergenza e i dispositivi portatili che permettono di monitorare le condizioni di salute dei malati cronici e dei disabili possono offrire ai pazienti una libertà di movimento senza precedenti.”*, adottando la *“Azione fondamentale 13: svolgere azioni pilota per fornire agli europei un accesso online sicuro ai dati sanitari personali entro il 2015 e diffondere ampiamente i servizi di telemedicina entro il 2020.”*.

2 Il limite dato dalla scarsità delle risorse

Negli anni successivi al 2008 si è assistito ad una inversione del trend di spesa sanitaria (non solo di quella pubblica), passato da incrementi costanti di alcuni punti percentuali per anno a decrementi che li hanno interamente erosi²⁴. Tale inversione di tendenza è stata causata dalla crisi economica globale²⁵.

²⁴ I dati più recenti sono quelli messi a disposizione dall'OCSE nel 2017 e ripresi dalla 12^o Commissione Parlamentare Igiene e Sanità nella propria indagine conoscitiva (i cui risultati sono stati resi noti nel mese di gennaio 2018)⁰. Tale indagine ha mostrato che in Italia la spesa sanitaria complessiva è passata dal 9,4% del PIL nel 2009 al 9,2% del PIL nel 2012, stabilizzandosi al 6,7% del PIL nel 2016. Al fine di fornire un minimo di riferimenti di contesto, si segnala che i dati ISTAT del 2014, invece, mostrano che nel 2013 l'11% della popolazione ha rinunciato, pur consapevole della necessità, ad almeno una prestazione sanitaria, ed; il 5,6% (pari a circa 3 mln di persone) ha indicato i problemi economici quale causa della rinuncia. Nel contempo, ed a causa della riduzione della spesa sanitaria pubblica, i dati OCSE mostrano che si è verificato un contenuto incremento della spesa privata dal 21,5% dell'anni 2010 al 24,2% dell'anno 2014, senza che si sia verificato un effetto sostituzione (ed in ciò confermando l'individuazione del deficit di produzione di reddito in capo alla popolazione la causa della riduzione della spesa sanitaria). Non di secondo piano, poi, è il dato che mostra che la spesa sanitaria complessiva in Italia, nel periodo 2010-2013 è stata nettamente inferiore a quella media di tutti gli altri Paesi OCSE (pari all'1,5% a fronte del 3,9%).

²⁵ Sempre nell'Indagine conoscitiva citata alla nota che precede si legge che *“La crisi finanziaria ed economica internazionale ha aggredito infatti pesantemente la spesa pubblica e in particolare la spesa per la sanità: paradossalmente quando la disoccupazione e la povertà diventano più importanti, i governi tendono ad affrontare le difficoltà di bilancio tagliando i servizi in natura (come la sanità), riducendo le risorse pubbliche e caricando i costi sulla spesa privata. In questa direzione si sono orientati i governi maggiormente in difficoltà con i bilanci pubblici. Le politiche dell'austerità, auspicando attraverso la riduzione della spesa pubblica la ripresa dei mercati, hanno fatto ricadere i costi della crisi sui diritti delle persone. I sistemi di sicurezza sociale, e in particolare la sanità, sono stati il principale bersaglio del rigore imposto nella nuova governance europea per il rispetto dei vincoli di bilancio. Ma, soprattutto in tempi di crisi economica, tagliare le risorse per la salute significa incidere sul volume delle prestazioni, sulla qualità delle cure, sui costi dei servizi e sulla salute delle persone e da ultimo, sul sistema stesso di welfare della società. In tale contesto, anche l'Italia ha registrato consistenti restrizioni delle risorse destinate alla sanità.”*

Alla scarsità delle risorse si è combinato un altro fattore, rappresentato dai vincoli di bilancio derivanti dall'adesione dell'Italia alla UE e dal rapporto tra il disavanzo pubblico²⁶ annuale ed il P.I.L.²⁷ stabilito nel Trattato di Maastricht. La miscela di tali fattori, il primo emergenziale ed il secondo strutturale, ha condizionato – dopo la loro introduzione in Costituzione nel 2001, con la Legge Costituzionale n. 3, e la loro prima definizione nello stesso anno – il processo di aggiornamento dei L.E.A., avvenuto solo nel 2017²⁸.

²⁶ È significativo notare che la spesa sanitaria, nel triennio 2014-2016, ha contribuito all'incremento della complessiva spesa pubblica solo per 1/7 di questa, comportando un incremento di spesa di circa 3 miliardi di Euro a fronte del dato complessivo del triennio pari a circa 21 miliardi di Euro (cfr. Nota di Aggiornamento al Def 2017; in tema si veda anche il “*Referto al Parlamento sulla gestione finanziaria dei servizi sanitari regionali*” della Corte dei Conti, Sezione Autonomie, relativo all'esercizio 2016, approvato con Deliberazione n. 3/SEZAUT/2018/FRG del 12 marzo 2018).

²⁷ Il riferimento al P.I.L. ci consente di introdurre il tema per cui, piuttosto che dalla scarsità di risorse, il determinante in argomento è rappresentato dalla capacità di produrre reddito in capo ad un Paese.

²⁸ L'aggiornamento dei L.E.A. è stato, in precedenza, definito, nel rispetto degli equilibri programmati della finanza pubblica, dal Patto per la Salute 2014-2016, i cui contenuti sono stati, poi, ratificati per via normativa dalla Legge di stabilità 2015 (Legge n. 190/2014). Questa ha quantificato l'impatto economico-finanziario conseguente all'aggiornamento dei L.E.A. in un incremento di spesa non superiore a 800 mln/euro annui per la prima revisione e ha definito, anche a regime, due possibili procedure di revisione. Prima della revisione del 2017, in altre due occasioni si è tentato lo stesso percorso, senza esito positivo: nella prima di tali occasioni, risalente al 2008, il Governo aveva proceduto ad una revisione dei L.E.A. adottando il DPCM 23 aprile 2008, mai entrato in vigore per essere stato ritirato a seguito dei rilievi della Corte dei Conti su profili attinenti all'equilibrio economico su cui avrebbe dovuto basarsi il provvedimento; nella seconda occasione, nel 2010, nonostante il parere favorevole della Ragioneria Generale dello Stato in relazione alla sostenibilità economico-finanziaria, non è stato adottato il provvedimento di revisione. Non è ininfluente notare che, nella “*Scheda di lettura*” dedicata all'Atto del Governo n. 358 si legge – significativamente – che “[...] lo schema di provvedimento non introduce nessun ampliamento sostanziale dei L.E.A. ma si limita a descrivere con maggiore dettaglio e precisione prestazioni ed attività già incluse nei L.E.A.” e si fa rilevare che si tratta di un provvedimento sostanzialmente redistributivo – al di là di alcune eccezioni, quali, ad esempio quella relativa alle prestazioni di assistenza protesica, settore nel quale sono state introdotte alcune prestazioni innovative, particolarmente nell'ambito delle tecnologie informatiche e di comunicazione, in favore di soggetti affetti da

Un attore decisivo della spesa sanitaria è rappresentato dalle Regioni, le quali sono state poste al centro delle riforme del sistema di *governance* il cui *focus* è stato individuato nell'analisi delle criticità in ottica di miglioramento dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni, quale bilanciamento necessario rispetto alla garanzia costituzionale. Nel mentre in Costituzione si inseriva la competenza legislativa concorrente in materia sanitaria, la linea di tendenza si andava sempre più delineando verso un articolato sistema di *governance* a doppio livello, nel quale il ruolo dello Stato, da quello classico (che è stato, tuttavia, mantenuto) in chiave distributiva delle risorse, è divenuto quello di guardiano e controllore del settore sanitario e della sua spesa²⁹, e ciò anche perseguendo un obiettivo di responsabilizzazione³⁰ delle Regioni ed anche con finalità sanzionatoria nei loro riguardi per le ipotesi non virtuose; mentre alla Regioni è stata assegnata la capacità di spesa e la gestione aziendalistica³¹.

disabilità comportanti gravissime limitazioni funzionali (cosiddetti ausili *ICT-Information Communication Technologies*) – delle risorse che si attende che saranno liberate attraverso la revisione dei criteri di appropriatezza delle prestazioni (segnatamente “[...] di prestazioni ad alto rischio di inapproprietezza dai regimi di *day surgery* e di *day hospital* al regime ambulatoriale”), e l'individuazione di “criteri di appropriatezza del ricorso al *day hospital* e *day surgery* e ai ricoveri ordinari di lungodegenza e riabilitazione” e, infine, le “misure per ridurre il parto cesareo”).

²⁹ Basti pensare alle numerose intese tra Stato e Regioni, all'introduzione del principio di integrale copertura dei disavanzi a cura delle stesse Regioni che li hanno determinati, alla possibilità di commissariamento per mancato rispetto dei piani di rientro.

³⁰ Non è di secondo rilievo il fatto che alle Regioni, con la L. n. 118/2001, sia stata attribuita, quale conseguenza della autonoma capacità di spesa, una specifica contabilità ed uno specifico bilancio (con il correlato obbligo di tenuta dei libri contabili), e le stesse siano state configurate non semplici soggetti coordinatori nella gestione della spesa sanitaria ma – soprattutto – gestori diretti del bilancio nonché soggetti in capo ai quali è stato posto l'obbligo di redigere il bilancio consolidato regionale per la spesa sanitaria, in coordinamento con la ragioneria centrale regionale.

³¹ Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 54/2015, ha riconosciuto che “[...] le disposizioni concernenti l'attività sanitaria intramuraria debbono essere ricondotte alla materia della «tutela della salute». Infatti, «il “nuovo quadro costituzionale”, delineato dalla legge di riforma del titolo V della parte II della Costituzione, recepisce (...) una nozione della materia ‘tutela della salute’ “assai più ampia rispetto alla precedente materia

Tale linea di tendenza, ormai piuttosto chiara se si analizzano – in chiave di lettura combinata e di analisi complessiva e sistemica – le introduzioni normative degli ultimi venticinque anni, trova la sua ragione in un dato banalmente emergente dall’evidenza empirica, secondo il quale anche minimi deficit di efficienza³² in campo sanitario oltre che determinare – punto di non poco rilievo in un’ottica di bilancio consolidato – una riduzione della quantità di risorse disponibili vanno anche ad incidere in maniera negativa sulle prestazioni erogate agli utenti³³.

‘assistenza sanitaria e ospedaliera’”, con la conseguenza che le norme attinenti allo svolgimento dell’attività professionale intramuraria, “sebbene si prestino ad incidere contestualmente su una pluralità di materie (e segnatamente, tra le altre, su quella della organizzazione di enti ‘non statali e non nazionali’)”, vanno “comunque ascritte, con prevalenza, a quella della ‘tutela della salute’”. Rileva, in tale prospettiva, “la stretta inerenza che tutte le norme de quibus presentano con l’organizzazione del servizio sanitario regionale e, in definitiva, con le condizioni per la fruizione delle prestazioni rese all’utenza, essendo queste ultime condizionate, sotto molteplici aspetti, dalla capacità, dalla professionalità e dall’impegno di tutti i sanitari addetti ai servizi, e segnatamente di coloro che rivestono una posizione apicale” (*sentenze n. 181 del 2006 e n. 50 del 2007*)» (così la *sentenza n. 371 del 2008*. Negli stessi termini, da ultimo, *sentenza n. 301 del 2013*).”.

³² Il ruolo chiave dell’efficienza sanitaria è individuato anche dal Pilastro europeo dei diritti sociali, sottoscritto congiuntamente dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione durante il vertice sociale per l’occupazione equa e la crescita, che si è tenuto il 17 novembre 2017 a Göteborg, in Svezia, il cui punto 16, significativamente inserito nell’ambito del Capo III dedicato a “protezione sociale e inclusione”, prevede che “Ogni persona ha il diritto di accedere tempestivamente a un’assistenza sanitaria preventiva e terapeutica di buona qualità e a costi accessibili.”.

³³ Cfr. “*Il monitoraggio della spesa sanitaria anno 2017, Rapporto n. 4*”, a cura del Ministero dell’Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato: “L’attività di analisi e monitoraggio della gestione della spesa sanitaria a livello regionale ha dimostrato che una gestione non efficiente delle risorse finanziarie in campo sanitario, oltre a determinare rilevanti disavanzi di gestione, comporta molto spesso un peggioramento della qualità dei servizi assicurati ai cittadini. Ne è una conferma il fatto che, in tutte le regioni sottoposte ai Piani di rientro dai deficit sanitari, si è registrato, contestualmente alla riduzione del disavanzo, anche un miglioramento nell’erogazione dei LEA, seppure in misura non uniforme e con diversa velocità. Queste evidenze rafforzano l’esigenza di un monitoraggio costante dell’andamento della spesa sanitaria, nonché l’esigenza di individuare le pratiche migliori che emergono nei diversi modelli organizzativi presenti a livello regionale, favorendone la diffusione.”.

Il tema, quindi, di discussione è stato incentrato su quale polo, tra bilancio e garanzia costituzionale, dovesse trovare prevalenza³⁴. L'approdo della giurisprudenza costituzionale più recente ha riconosciuto che, da un lato, spetta al legislatore statale predisporre i necessari strumenti per assicurare la garanzia dei c.d. Livelli Essenziali delle Prestazioni (L.E.P.) e, dall'altro, spetta alle Regioni distinguere tra la spesa finalizzata alla garanzia di diritti incompressibili e la spesa sanitaria suscettibile, da parte loro, di valutazione discrezionale³⁵; e che, in fattispecie di Regione commissariata

³⁴ Il dibattito è stato, come sarebbe stato naturale attendersi, condizionato dalla modifica costituzionale dell'art. 81 Cost. a seguito dell'adesione dell'Italia al "Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria" (c.d. *fiscal compact* o patto di bilancio) sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012.

³⁵ Cfr. Corte Cost., sentenza 12 luglio 2017 n. 169, la quale – respingendo i ricorsi della Regione Veneto e della Regione Liguria con i quali è stata censurata di illegittimità costituzionale la disposizione di cui agli artt. 9-bis; 9-ter, commi 1, lettere a) e b), 2, 3, 4, 5, 8 e 9; 9-quater, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7; e 9-septies, commi 1 e 2, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78 ("Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali"), convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 125 – ha stabilito che "Se, al fine di assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), alla cui categoria, come detto, appartengono i LEA, «spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale [di talché] è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sentenza n. 275 del 2016), non vi è dubbio che le Regioni stesse debbano collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria. Sotto tale profilo, è bene quindi ricordare che la determinazione dei LEA è un obbligo del legislatore statale, ma che la sua proiezione in termini di fabbisogno regionale coinvolge necessariamente le Regioni, per cui la fisiologica dialettica tra questi soggetti deve essere improntata alla leale collaborazione che, nel caso di specie, si colora della doverosa cooperazione per assicurare il migliore servizio alla collettività. Da ciò consegue che la separazione e l'evidenziazione dei costi dei livelli essenziali di assistenza devono essere simmetricamente attuate, oltre che nel bilancio dello Stato, anche nei bilanci regionali ed in quelli delle aziende erogatrici secondo la direttiva contenuta nel citato art. 8, comma 1, della legge n. 42 del 2009." In tema di finanziamento, o – meglio – di coordinamento nel finanziamento tra Stato e Regioni in

per omesso rispetto dei vincoli derivanti dal piano di rientro, la competenza legislativa regionale recede rispetto ai poteri del Commissario *ad acta*, così che al legislatore regionale, in tale fattispecie, non è consentito intervenire sui L.E.A. poiché la relativa competenza spetta al Commissario *ad acta*³⁶. In altra sentenza³⁷, vertente in materia di diritti sociali e non di diritto alla salute, la Corte Costituzionale, dopo aver ricordato l'argomento per cui la materia del bilancio non rappresenta una zona franca nella quale non è consentito l'accesso al giudice costituzionale, ha affermato che “*non può*

ambito di servizi sanitari, è intervenuta la recente Corte Cost., sentenza 11 aprile 2019, n. 83, la quale ha ritenuto conformi a Costituzione alcune disposizioni statali di bilancio (l'art. 1, commi 70, 679, 682 e 683, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (“*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*”)) che hanno previsto la determinazione di anno in anno del contributo alle spese delle Regioni relative alle funzioni loro trasferite col processo di riordino delle funzioni delle Province, con specifico riferimento alle funzioni relative all'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con disabilità fisiche o sensoriali ed ai servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per i medesimi alunni o per quelli in situazione di svantaggio. Afferma la Corte che “[...] può ritenersi non irragionevole che il legislatore scelga di disporre il finanziamento di anno in anno, senza peraltro mai farlo mancare e procedendo contestualmente all'istruttoria strumentale alla determinazione delle risorse necessarie a regime.”.

³⁶ Cfr. Corte Cost., sentenza 27 dicembre 2018 n. 247 (con nota di C. Buzzacchi, *Chi garantisce i LEA nelle Regioni Commissariate*, in *Le Regioni*, 1/2019), secondo la quale “*Si è costantemente ritenuto che le funzioni del commissario ad acta, «come definite nel mandato conferitogli e come specificate dai programmi operativi (ex art. 2, comma 88, della legge n. 191 del 2009), pur avendo carattere amministrativo e non legislativo (sentenza n. 361 del 2010), devono restare, fino all'esaurimento dei compiti commissariati, al riparo da ogni interferenza degli organi regionali – anche qualora questi agissero per via legislativa – pena la violazione dell'art. 120, secondo comma, Cost. [...]*» (sentenza n. 106 del 2017; nello stesso senso, da ultimo, la sentenza n. 199 del 2018).”.

³⁷ Cfr. Corte Cost., sentenza 16 dicembre 2016 n. 275, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge di bilancio regionale che, con riguardo al servizio di trasporto scolastico di disabili, aveva limitato il contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo “[...] nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa”. Tale sentenza, nonostante le interpretazioni estensive che ne sono state fornite, è da interpretarsi sì con riferimento ad un diritto sociale ma non con riferimento diretto ad un diritto fondamentale (quale quello alla salute, peraltro l'unico così aggettivato nella Costituzione) sul quale la Corte non si è ancora pronunciata in termini di prevalenza della garanzia costituzionale rispetto al bilancio.

neppure essere condivisa in tale contesto la difesa formulata dalla Regione secondo cui ogni diritto, anche quelli incomprimibili della fattispecie in esame, debbano essere sempre e comunque assoggettati ad un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili.”.

L’interesse della giurisprudenza costituzionale per l’argomento della sostenibilità finanziaria dei diritti costituzionalmente tutelati mostra la centralità di questo tema nell’agenda dei legislatori statale e regionale, e proprio da tale evidenza empirica si coglie la centralità – e non la semplice rilevanza – dell’input economico finanziario rispetto all’output rappresentato dalle prestazioni sanitarie. Rispetto a tale dato, e nell’evidenza per cui a fasi caratterizzate da incrementi di spesa si sono succeduti periodi stabili e duraturi caratterizzati da significative contrazioni di spesa, e che questa linea di tendenza appare ormai consolidata, l’unica possibile alternativa alla domanda di finanziamento di quei diritti, che la Corte definisce diritti finanziariamente condizionati, non può risiedere nell’attesa che lo Stato, o le Regioni, incrementino i fondi di dotazione ma deve provenire da un netto cambio di impostazione nella gestione sanitaria, dove le voci di spesa facciano riferimento a capitoli di bilancio nei quali le entrate siano assicurate non da trasferimenti provenienti dall’abituale canale della fiscalità generale ma provengano dalla liberazione delle risorse che si genera mediante l’efficientamento delle procedure (tra tutte quelle di acquisto di beni e servizi). Così che, invariati i saldi in ingresso, possono variare in incremento i saldi in uscita. Chiaro che una simile impostazione richiede la formazione di una dirigenza sanitaria che, in primo luogo, acquisisca dimestichezza davvero manageriale ed aziendalistica, bilanciata con la piena coscienza del carattere fondamentale del diritto alla salute dal quale deriva una garanzia costituzionale più ampia rispetto agli altri diritti e, in secondo luogo, sia affiancata da una politica collaborante che sappia cogliere il dato positivo delle rinunce apparenti che, lette in ottica di obiettivo di lungo periodo, non possono che divenire conquiste.

4 Ipotesi di sintesi

Nella necessaria presa di consapevolezza del fatto che esistono dei limiti e dei vincoli, alcuni diretti ed altri indiretti, dai quali non si può prescindere nell'adozione delle scelte di politica sanitaria, il contesto attuale (a partire da quello normativo) mostra che esistono degli strumenti a disposizione di chi si occupa di politica sanitaria per far sì che i limiti ed i vincoli siano ridimensionati, nel peso specifico che possono acquistare e che ormai hanno acquistato, ad una dimensione (se non contenuta, quantomeno) controllabile.

I determinanti rappresentati dal divario territoriale e dai limiti economico-finanziari – che sono stati analizzati nel presente lavoro – possono essere ridotti, nel loro essere determinanti, mediante politiche attive che muovano, prima di tutto, da un generale ripensamento dell'organizzazione e della gestione sanitaria con un'impostazione che abbandoni l'idea che comunque si possa provvedere ad incrementare le tutele solo richiedendo risorse alla fiscalità generale.

Senza voler trascinare categorie proprie dell'economia di libero mercato nell'ambito sanitario, operazione che – comunque – sarebbe in grado di produrre risultati, l'argomento potrebbe essere affrontato unendo i temi giuridici a quelli economici, ed osservando che il prezzo di un qualsiasi bene viene determinato in base al profitto che chi lo vende si attende di ricavare ed in base al prezzo che chi si attende lo acquisti è disposto a pagare. La prestazione sanitaria non può evidentemente – almeno nel nostro sistema – generare un profitto diretto ma può sicuramente generare un profitto indiretto, conseguente alla maggiore utilità che si può ritrarre dall'impiego diverso delle unità già destinate per la produzione.

O princípio da função social da propriedade em contexto de incêndios florestais

The social function principle of property in the context of forest fire

Carla Amado Gomes*

Resumo: Este artigo visa contextualizar as medidas adoptadas pelo Governo português na sequência dos incêndios do Verão de 2017 no âmbito do princípio da função social da propriedade.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Função social.

Abstract: This article aims to contextualize the measures adopted by the Portuguese government after the fires in the summer of 2017 under the principle of the social function of property.

Keywords: Right of property. Social role.

Introdução

Em 2017, vivemos em Portugal a Primavera, o Verão e o Outono do nosso descontentamento. Os devastadores incêndios que consumiram, entre 1º de Janeiro de 2017 e 31 de Outubro de 2019 mais de 400.000 hectares de espaços florestais, entre povoamentos (264.951ha) e matos (177.467ha), que mataram mais de uma centena de pessoas e feriram mais de três centenas, que destruíram habitações e instalações industriais em proporções inéditas, além de provocarem uma onda de consternação

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Público. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Coordenadora Académica do Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional.

nacional, iluminaram um conjunto de omissões a que o Governo reagiu com um vasto leque de medidas, tanto no plano do ordenamento florestal como da proteção civil, quer no campo da prevenção como da fiscalização. Se é inegável que as tragédias foram fruto de uma conjugação de circunstâncias, humanas e climáticas, que agravou muito o risco e potenciou os danos, a verdade é que a gestão do risco de incêndio revelou muitas fragilidades, as quais importa corrigir ponderadamente, uma vez que o quadro climático futuro – com extremar de secas e de ondas de calor – é propício à repetição de eventos como os do verão passado.

Como se verifica pela consulta aos múltiplos diplomas emanados do Governo, nos dois momentos de resposta emergencial, este é um problema com várias “frentes” – sociais, ambientais, económicas, jurídicas, administrativas. Na impossibilidade de analisar todas elas, vamos circunscrever-nos a um tema que tem merecido algum debate neste contexto, que está subjacente ao único diploma que não foi aprovado no pacote de Junho (o “Banco de Terras”), e que é sublinhado pela Comissão Técnica Independente (CTI) como uma prioridade: referimo-nos à *função social da propriedade*.

1 A função social da propriedade: uma fórmula irradiante

A função social da propriedade foi uma “invenção” de León Duguit, que num conjunto de seis conferências proferidas na Universidade de Buenos Aires, em 1911, explanou o conceito e o filiou no princípio da solidariedade. Duguit parte do pressuposto de que a autonomia proclamada pelo Estado liberal, que fecha o indivíduo em si próprio, não é natural; é antes a interrelação entre as pessoas que está na base do conceito de sociedade, inter-relação essa que se traduz na *solidariedade*. A propriedade é um conceito que pressupõe o indivíduo como uma ilha, quando a pessoa é, ao contrário, essencialmente gregária e interdependente. Logo, a propriedade não deve servir apenas interesses individuais, mas sim ser “produtiva”, numa lógica de interesse

comunitário. Note-se que o pensamento de Duguit não tem qualquer filiação marxista ou socialista, uma vez que não preconiza nem a apropriação colectiva de meios de produção nem a propriedade exclusivamente pública. Duguit apenas acentua a necessidade de transformar uma riqueza individual num benefício também colectivo.

A teoria de Duguit influenciou várias Constituições, de forma expressa. A primeira delas foi a Constituição do México, de 1917, em cujo artigo 27º se dotava o poder público de competência para impor restrições ao direito de propriedade, “em benefício social” e em prol de uma distribuição equitativa de recursos. Na Europa, foi a Constituição de Weimar, de 1919, a pioneira na consagração do princípio da função social da propriedade — o seu artigo 153º dispunha o seguinte: “A propriedade é garantida pela Constituição. Os seus conteúdo e limites serão fixados por lei. A propriedade acarreta obrigações. O seu uso deve fazer-se igualmente no interesse geral”. Este preceito influenciou marcadamente a Lei Fundamental de Bona, de 1949, que afirma, no nº 2 do artigo 14º, que “A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir o bem da comunidade”.

Paralelamente, a Constituição italiana de 1947 estabelece, no artigo 42º, que “A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina os seus modos de aquisição, gozo e limites com o fim de assegurar a sua função social e torná-la acessível a todos”. Por seu turno, a Constituição espanhola de 1978 dita, no nº 2 do artigo 33º, que “A função social destes direitos [à herança e à propriedade] limita os seus conteúdos, em conformidade com a lei”.

Já a Constituição portuguesa de 1976¹ não utiliza a expressão, mas isso não impediu o Tribunal Constitucional de afirmar a sua valência, no Acórdão 76/85, onde se escreveu que “[...] a velha concepção clássica da propriedade, o *jus utendi abutendi* individualista e liberal, foi,

¹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 16 jan. 2021.

nomeadamente, nas últimas décadas deste século, cedendo o passo a uma concepção nova daquele direito em que avulta a sua função social”.

1.1 A função social da propriedade na Constituição da República Portuguesa

Com efeito, a nossa Constituição garante a proteção do direito de propriedade no artigo 62º, remetendo implicitamente o desenho das faculdades nele contidas para a lei civil, que absorve o percurso histórico do instituto (cfr. o artigo 1305º do Código Civil, CC). Ser proprietário traduz-se em gozar de forma plena e exclusiva dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertençam, embora com os limites e restrições impostos pela lei, estabelece o CC. E a Lei Fundamental, precisamente no artigo 62º, nº 2, reconhece na utilidade pública uma das restrições possíveis ao direito de propriedade – a mais drástica, uma vez que o extingue –, mas sempre com a contrapartida da justa indenização.

O direito de propriedade, como realçam Gomes Canotilho e Vital Moreira, não figura entre os direitos, liberdades e garantias, na CRP. Isso não lhe diminui importância, mas retira-lhe “ a dimensão quase sacrossanta que lhe era conferida no *individualismo possessivo* e na concepção tradicional conservadora dos direitos fundamentais assente na indissociabilidade da liberdade e propriedade”².

Note-se, de resto, que logo o artigo 17º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³, que lançou o modelo para as Constituições liberais e para as modernas Cartas de Direitos, muito

² GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. I, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2007. p. 798-800.

³ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789**. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 jan. 2021.

embora caracterizando o direito de propriedade como um direito “inviolável e sagrado”, não deixou de ressaltar a exceção da “necessidade pública” como causa de restrição, acentuando a contrapartida da “justa e prévia” indenização.

Assim, e como o Tribunal Constitucional teve oportunidade de realçar, no Acórdão 257/92,

[...] poderá afirmar-se que além dos limites estabelecidos pela própria Constituição (no que respeita à propriedade de meios de produção), deve entender-se que o direito de propriedade está indirectamente sob reserva das restrições estabelecidas por lei, dado que a Constituição remete em vários lugares para a lei (cfr. artigos 82º, 87º e 99º). Aliás, o próprio artigo 62º, inclui, ele mesmo, uma cláusula geral de expropriação por utilidade pública (nº 2) sendo esta evidentemente um caso limite das possíveis restrições legais ao direito de propriedade privada.

Por outro lado, a garantia do direito de propriedade não inclui, só por si, a garantia da liberdade de empresa, pois a Constituição estabelece uma clara distinção entre direito de propriedade e iniciativa económica privada (cfr. artigo 85º). Em todo o caso, terá de se considerar que os limites constitucionais estabelecidos para a iniciativa económica privada implicam uma autorização constitucional para as necessárias restrições ao uso e fruição da propriedade.

Finalmente, o próprio projecto económico, social e político da Constituição implica um estreitamento do âmbito de poderes tradicionalmente associados à propriedade privada e à admissão de restrições, quer a favor do Estado ou da colectividade, quer a favor de terceiros, das liberdade de uso, fruição e disposição.

A CRP, no entanto, não se fica por esta proclamação garantista e liberal; antes adjetiva o exercício do direito de propriedade numa perspectiva de utilidade social — apontando para a *função social da propriedade* que outras Constituições expressamente identificam no seu seio. Realce-se que, depois de inserir o direito de propriedade na secção dos “Direitos económicos, sociais e culturais” — o que o não impede de revestir a natureza de direito fundamental de natureza análoga —, a CRP

faz abundantes referências à propriedade rústica na Parte (II) da “Organização Económica”, contextualizando a propriedade numa lógica de utilidade social.

Os condicionamentos impostos pela necessidade de proteger o ambiente e de promover uma gestão racional dos recursos naturais devem compreender-se, hoje, na noção de “função social” da propriedade rústica — vejam-se os artigos 66º, nº 2, alínea d) e 93º, alínea d) da CRP⁴. O Tribunal Constitucional teve oportunidade de o confirmar, no Acórdão 866/96, em tema de direito de caçar. No que aqui interessa reter, vale frisar que o Tribunal reconheceu autonomia a um interesse coletivo (lúdico, dos caçadores, de convívio com a Natureza) em face de um interesse individual (dos proprietários sujeitos ao regime geral), sendo que o primeiro justifica a compressão de algumas faculdades de uso exclusivo do proprietário.

Muitas outras disposições na CRP apontam para a possibilidade de condicionamento de faculdades contidas no direito de propriedade, podendo mesmo justificar-se, como se disse acima, a expropriação por utilidade pública (artigo 62º, nº 2). Um outro dispositivo já objeto de análise pelo TC foi o artigo 96º, nº 1, que dispõe que os regimes de arrendamento e outras formas de exploração da terra alheia serão regulados por lei, de modo a garantir a estabilidade e os legítimos interesses do cultivador.

O Tribunal, no Acórdão 159/07⁵, começou por realçar que as restrições admitidas pela Constituição ao direito de propriedade não se circunscrevem às descritas no artigo 62º, nº 2, ou seja, não se limitam à requisição e expropriação por utilidade pública. No entender dos Juízes

⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 159/07**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/3663100/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

do Palácio Ratton, o âmbito de proteção da norma que reconhece o direito de propriedade está condicionado, na sua extensão, “pela complexa ordem de valores constitucional”. Ora, esta proteção, no que à propriedade de um elemento de produção como o solo rural diz respeito (um bem escasso), tem por pressuposto a sua utilização racional, o que lhe associa “efeitos que de algum modo ultrapassam a esfera de interesses do seu proprietário”.

É inegável que, numa translação em que o rendeiro pode forçar o proprietário a vender-lhe a terra, o direito de propriedade do segundo fica inelutavelmente sacrificado perante o direito de apropriação do primeiro; mas cumpre sublinhar que a transmissão para o rendeiro é feita em homenagem a um princípio que de certa forma alça uma posição individual a instrumento da realização também de um interesse coletivo – a rentabilização económica da terra –, o que lhe confere uma força acrescida na ponderação de interesses.

No Acórdão em apreço, não poderia deixar de se cumprir um último rito argumentativo, de passagem obrigatória: a avaliação da proporcionalidade da medida. Depois de observar que a remição é facultativa e se faz contra o pagamento de uma quantia pelo rendeiro ao proprietário, a determinar em função de critérios legalmente previstos e objetivamente justos, o Tribunal Constitucional considerou a norma não inconstitucional.

Todas estas normas concorrem para concluir que à CRP não basta garantir a existência do direito de propriedade numa dimensão puramente liberal; antes lhe acrescenta uma vertente social, que se induz da interpretação sistemática dos preceitos mencionados. Esta vertente social atenta na necessidade de distribuição de riqueza promovida pela exploração agrícola pelos pequenos agricultores, mas prende-se igualmente com vinculações jusambientais, que militam no sentido de uma exploração ecologicamente equilibrada de um recurso escasso – o solo rústico.

1.2 A “função ecológica” da propriedade como desdobramento da função social

A este propósito, cumpre notar que existe pelo menos uma Constituição que distingue entre função social e função ecológica⁶. É o caso da Constituição colombiana de 1991⁷ (revista em 2015), cujo artigo 58º, §2º, estabelece que “A propriedade é uma função social que implica obrigações. Como tal, é-lhe inerente uma função ecológica”. Esta norma, que é vista como uma evolução de uma concepção antropocêntrica para uma concepção biocêntrica de ambiente, muito comum nos Estados da América Latina, já foi invocada algumas vezes perante a Corte Constitucional da Colômbia. Apesar de constituir uma limitação acrescida aos poderes dos proprietários, a função ecológica não implica forçosamente a nacionalização da terra, sendo certo que se a afectação de poderes tradicionalmente ligados à propriedade for tão intensa que reduza a propriedade a uma realidade vazia de faculdades para o seu titular, em nome da salvaguarda de valores ecológicos, há direito a expropriação de utilidade pública com atribuição de indemnização àquele.

Num dos Acórdãos mais representativos (C-126/98)⁸, a Corte Constitucional colombiana afirmou o seguinte:

36. (...) En efecto, como ya se mostró, la Carta autoriza el dominio sobre los recursos renovables, aunque, como es obvio, debido a la función ecológica que le es inmanente (CP art. 58), ese derecho de propiedad se encuentra sujeto a las restricciones que sean necesarias para garantizar la protección del medio ambiente y para asegurar un desarrollo sostenible (CP arts 79 y 80). Además, es a

⁶ Na doutrina, veja-se: DEGALDO DE MIGUEL, Juan Francisco. **Derecho Agrario Ambiental**. Propiedad y ecología. Pamplona: Aranzadi, 1992. p. 80.

⁷ COLÔMBIA. **Constituição Colombiana de 1991**. Disponível em: <https://cpisp.org.br/constituicion-politica-1991/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁸ COLÔMBIA. **Acórdão C – 126/98**. Corte Constitucional da Colômbia. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>. Acesso em: 19 jan. 2021.

misma función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general sobre el particular en materia patrimonial (CP art. 58) implican que, frente a determinados recursos naturales vitales, la apropiación privada puede en determinados casos llegar a ser inconstitucional. Igualmente la Corte considera que, con esos mismos fundamentos constitucionales, el Estado puede también legítimamente convertir en bienes de uso público determinados recursos renovables considerados de utilidad social, aunque, como es obvio, y teniendo en cuenta que la Carta reconoce la propiedad privada adquirida con arreglo a las leyes, en tales eventos es deber de las autoridades reconocer y expropiar los dominios privados que se hubieran podido legalmente consolidar.

Normas como esta, ou se limitam a cumprir uma função decorativa, ou fundamentam opções políticas que rompem com o paradigma tradicional da intangibilidade da propriedade privada⁹.

Afirmar que a propriedade — rústica — pode ter, além de uma função social, de produtividade abstrata, uma função ecológica, de preservação e promoção do valor ecológico dos solos e habitats naturais, significa, por exemplo, que a terra privada pode ser expropriada para realizar tais funções e que o valor da expropriação deverá pautar-se por critérios distintos dos gerais (presentes em Códigos de Expropriações por utilidade pública). Ou, numa linha mais atenuada de “expropriação” (enquanto expropriação de facultades ou quase-expropriação), pode sustentar a imposição ao seu proprietário de ónus de conservação de componentes ambientais relevantes, cuja proporcionalidade deverá ser avaliada para determinação do direito a compensação (por facto lícito)¹⁰.

⁹ ROJAS CORTES, María Juliana. **Función ecológica de la propiedad en Colombia:** de la imprecisión conceptual a la construcción de un nuevo derecho de propiedad. Tese de Grado, Bogotá, 2007. p. 42-43. Disponível em: http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/Especializacion_Mercados/Documentos_Cursos/Fuccion_Ecologica_Propiedad-Rojas_Maria-2007.pdf. Acesso em: 21 dez. 2019.

¹⁰ Pode tratar-se de casos do tipo daquele que GOMES CANOTILHO, José Joaquim sinalizou a propósito da delimitação da figura do ‘privilégio agrário’ observado no ordenamento jurídico alemão – GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Protecção do**

Como igualmente aponta para que o proprietário privado possa ser compensado por se abster de usos puramente económicos do solo e providenciar serviços ambientais. Ou ainda e sem querer esgotar os exemplos, tal norma pode justificar que, num esquema de arrendamento ou venda de terras forçados – ou seja, cujos proprietários não observam os requisitos mínimos de exploração útil da terra – se exijam, nos concursos, candidaturas que privilegiem projetos com dimensão ecológica, ligados à agricultura com métodos biológicos ou à preservação de espécies ameaçadas.

Retomando uma vez mais as palavras da Corte Constitucional da Colombia, no aresto *supra* citado,

36. (...) Ahora bien, en la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo deber espetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no hannacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollos ostensible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios.

ambiente e direito de propriedade (Crítica de jurisprudência ambiental). Coimbra: Coimbra, 1995. p. 87-90. Vejam-se também as referências às situações analisadas pelo Tribunal Constitucional alemão no âmbito da densificação do “conteúdo indemnizável” do direito de propriedade sujeito a compressões por força do princípio da função socioambiental feita por KRELL, Andreas Joachim. A relação entre protecção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173 e 178-181.

Com ou sem desdobramentos, a cláusula da função social da propriedade surge como uma espécie de abuso de direito ao contrário¹¹: no contexto do Estado liberal, a preocupação era a de evitar que o proprietário, senhor absoluto do bem, fizesse um uso das suas faculdades que pudesse perturbar a utilização da propriedade de terceiros (recorde-se o exemplo paradigmático do proprietário condenado pelo Tribunal de Apelação francês de Colmar, em 1855, por ter construído no seu prédio uma chaminé falsa, totalmente inútil, com a única finalidade de tapar uma janela do vizinho); reversamente, no quadro do Estado social, importa verificar a efetiva utilização da propriedade para os fins que lhe são naturais, por um proprietário cuja atitude revela um défice de desenvolvimento das suas faculdades e um subaproveitamento das utilidades do bem. A lógica da função social corresponde a um poder que é simultaneamente dever, a uma prerrogativa de exercício não solitário mas solidário¹², a um feixe de faculdades que “impõe ao proprietário o dever de exercê-las, atuando como fonte de comportamentos positivos”¹³. A propriedade, como estabelece a Lei Fundamental de Bona¹⁴ *supra* citada, “obriga”.

¹¹ Fazendo idêntica aproximação, mas na perspectiva de que utilizar a propriedade de acordo com a sua função social constitui uma decorrência do princípio do abuso de direito tal como estamos habituados a visualizá-lo, DEGALDO DE MIGUEL, Juan Francisco. **Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y ecología**. Pamplona: Aranzadi, 1992.p. 85 *et seq.*; TEIXEIRA, Madalena. As limitações do direito de propriedade de bens imóveis no Direito português. **Cadernos do CENoR nº 1. Centro de Estudos Notariais e Registais**, 2013. p. 137 - 144. Disponível em: http://www.livrariajuridica.com/ins_product.aspx?&SUB_NAV_ID_OBJ=37060. Acesso em: 16 jan. 2021.

¹² Cfr. DEGALDO DE MIGUEL, Juan Francisco. **Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y ecología**. Pamplona: Aranzadi, 1992. p. 90.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. Anotação ao artigo 170º. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1953.

¹⁴ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

2 Função social e abandono da terra: as recomendações da Comissão Técnica Independente

Como começou por escrever-se, estas reflexões relacionam-se com um dos problemas identificados pela CTI como causa dos incêndios ou como causa de maximização dos seus danos. A CIT constitui-se como uma Comissão *ad hoc* e independente que averiguaria as causas do incêndio de Junho e proporia medidas de prevenção de futuros sinistros. Uma das causas identificadas foi o abandono da terra.

Conforme pode ler-se no Ponto 10.10 do Relatório da CTI:

O abandono rural, refletido nas propriedades sem dono conhecido ou sem intenção de intervenção, e os grandes incêndios florestais como consequência, constituem os maiores entraves à valorização do espaço e à necessária compartimentação da paisagem que podem contribuir de forma preponderante para a contenção dos GIF [Grandes Incêndios Florestais].

(...)A CTI considera que são necessárias mudanças no quadro institucional e nas políticas públicas que, sem alterar a atual distribuição da propriedade, promovam de modo decidido a mobilização produtiva e a adequada gestão das terras. Dois princípios devem presidir a essas medidas: i) o exercício dos direitos associados à propriedade privada subordina-se e deve estar condicionado a prioridades coletivas (a começar pela segurança das pessoas); ii) o Estado não se substitui aos proprietários que cumpram os seus deveres, mas corresponsabiliza-os no cuidado e gestão das suas terras.

Duas das recomendações da CTI são sensíveis face ao direito de propriedade: por um lado, a obrigação de associação de pequenos proprietários em zonas de gestão florestal, submetidos a um plano de gestão (conservando a propriedade mas incorrendo em custos de manutenção – já existe, mas não vinculando os proprietários a aceitar o plano); por outro lado, a possibilidade de as terras sem dono conhecido passarem a integrar uma Bolsa de Terras, gerida pela Direção Geral da

Agricultura e Desenvolvimento rural – já existe, mas pressupõe a previa realização de um procedimento de averiguação do proprietário junto de consulados e embaixadas e só após 15 anos de desconhecimento a terra passa para propriedade pública, podendo então ser vendida (e até aí podendo ser arrendada).

A CTI não descarta, porém, a aplicação de medidas mais gravosas, como sanções a proprietários negligentes e mesmo perda do direito de propriedade. Tendo em consideração que a legislação já prevê a aplicação de contraordenações aos proprietários que não implementem (devidamente) as medidas preventivas estabelecidas na legislação sobre o sistema nacional de defesa contra incêndios, bem assim como a imputação de despesas realizadas em ações de execução substitutiva em face da inércia daqueles, cobráveis, no limite, em processo de execução fiscal (cfr. o artigo 21º do DL 124/2006)¹⁵, que sanções restariam?

O projeto de lei do Bloco de Esquerda sobre o Banco Público de Terras Agrícolas previa, num primeiro momento – pressupondo, antes de mais, a identificação do proprietário, e ainda a realização de um procedimento administrativo de declaração de abandono –, *o agravamento do IMI para o dobro, através de uma alteração do Código do IMI* (alteração vigente desde 2006, em bom rigor, ainda que apenas para prédios rústicos com áreas florestais; e já previsto, desde 2011, em sede de imóveis urbanos devolutos há mais de um ano e meio, para o triplo). E, num segundo momento, *o arrendamento compulsivo dos imóveis ao Banco/Bolsa de Terras, caso por três anos consecutivos tenham sofrido o agravamento do IMI* (ou seja, tenham permanecido na atitude de abandono da terra) *e desde que a tal tenham sido condenados por sentença do tribunal comum da área da situação do bem*. Ressalte-se que o Projeto

¹⁵ PORTUGAL. DL 124/2006. Sistema nacional de defesa da floresta contra incêndios. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1931&tabela=leis. Acesso em: 19 jan. 2021.

filia esta possibilidade no nº 2 do artigo 88º da CRP¹⁶, cujo nº 1 admite mesmo a expropriação “dos meios de produção em abandono”.

Não basta, contudo, evitar que a propriedade cause dano a terceiros; essa era a lógica liberal, que leva à clássica proibição de abuso de direito e que fundamenta resposta afirmativa à questão de saber se se pode obrigar um ou dois proprietários a cumprir um plano de gestão florestal, através da limpeza dos seus terrenos – a sua inércia não pode comprometer o sucesso da atuação dos restantes proprietários vinculados ao plano. Hoje, sob a égide do princípio da função social da propriedade, é possível e necessário pedir mais: a terra não se basta com estar apenas limpa, deve ser produtiva, na medida das suas características e aptidões. Uma terra produtiva é uma terra habitada ou, pelo menos, habitualmente frequentada, o que gera inerente cumprimento das regras de cuidado que aproveitam à gestão do proprietário e à segurança de terceiros. Cumpre, pois, consciencializar os proprietários alheados dessa percepção de função social da propriedade da importância da mesma, não só através de ações pedagógicas mas primordialmente incentivos reais a uma gestão produtiva, direta ou por terceiros – Bolsa/Banco de Terras incluído.

A persistência de comportamentos de alheamento e abandono, sobretudo em áreas de risco elevado de incêndio, deve ser combatida – se necessário, através de medidas de penalização fiscal e mesmo de arrendamentos compulsivos. O arrendamento compulsivo constitui uma restrição da faculdade de uso do proprietário, é certo; porém, na equação da função social, representa uma medida proporcionada na medida em que permite manter o vínculo – não avançando para uma expropriação, que de resto não oferece, por si só, garantias de melhor gestão –, promover a produtividade do bem e incrementar a segurança pública. O arrendamento compulsivo é, de resto, admitido em sede de legislação sobre reabilitação urbana e já foi opção, para propriedade rural, na legislação revolucionária

¹⁶ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 16 jan. 2021.

– cfr. o DL 653/74, de 22 de Novembro (revogado). E, como assinalámos em momento anterior deste texto, o Tribunal Constitucional português já considerou não desconforme à CRP soluções mais gravosas, como a venda forçada (de proprietário a rendeiro), ou de idêntica intensidade, como a proibição de uso exclusivo (em sede de caça).

Ou seja, resumindo e retomando a recomendação gradativa da CTI, um proprietário já identificado ou a identificar que revele um comportamento negligente terá, em regra, três opções: passar a gerir adequadamente as suas terras; integrá-las num modelo de gestão coletiva; ou ceder as terras para arrendamento pela Bolsa/Banco de Terras. Caso não acolha nenhuma das três, poderá ver agravadas as suas obrigações fiscais e, no limite, ser forçado a aceitar um arrendamento compulsivo da sua propriedade pela entidade gestora da Bolsa/Banco de terras. Hipóteses como a expropriação deverão ficar reservadas para situações excepcionais como, por exemplo, aquelas em que a terra não dê garantias de produtividade, e se torne por isso inatrativa; ou em que a morfologia do terreno seja rebelde aos aproveitamentos agrícolas mais adequados e não permita soluções de integração em sistemas de gestão coletiva; ou para situações em que sobre a terra descuidada recaiam vinculações ecológicas que inibam aproveitamentos rentáveis, mas que em razão da sua localização em área de risco elevado de incêndio deva estar limpa de materiais combustíveis – transitando então tal tarefa, por força da expropriação, para mãos públicas.

Considerações finais

Como se conclui das breves reflexões tecidas sobre a função social da propriedade, esta vinculação transmuta uma noção quase intocável no período liberal num conceito cada vez mais permeável à necessidade de realização de objetivos de interesse geral, um direito absoluto num poder-dever. “A liberdade de conformação legislativa

crece na medida em que aumenta a *relação social* do objeto de propriedade, a ser avaliada a partir da peculiaridade e função deste.

Em geral, o legislador ao determinar o conteúdo e limites da propriedade é obrigado a colocar os interesses do proprietário e os aspectos do bem comum numa relação justa de equilíbrio e compensação”. Se as alterações anunciadas serão postas em prática e, sobretudo, se uma vez em forma de lei revelarão efeito útil no terreno, é o que se verá.

Certo é que, mesmo que se materializem em lei e, sobretudo, se enraizem nas consciências das pessoas, não constituirão, só por si, a resposta única e milagrosa a um problema complexo porque multipolar cujas soluções vão ser permanentemente desafiadas por um inimigo implacável porque imprevisível: o aquecimento global. Adivinham-se “verões” ainda mais quentes nos anos vindouros e conseguir arrefecer os seus elevados impactos será um constante desafio à coordenação técnica e à adequação jurídica das soluções que agora se colocam à prova.

Referências

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE FRANCESA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789**. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Anotação ao artigo 170º. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.).

Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1953.

COLÔMBIA. **Constituição Colombiana de 1991.** Disponível em: <https://cpisp.org.br/constituicion-politica-1991/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

COLÔMBIA. **Acórdão C – 126/98.** Corte Constitucional da Colômbia. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>. Acesso em: 19 jan. 2021.

DEGALDO DE MIGUEL, Juan Francisco. **Derecho Agrario Ambiental.** Propiedad y ecología. Pamplona: Aranzadi, 1992.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** I, 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Protecção do ambiente e direito de propriedade** (Crítica de jurisprudência ambiental). Coimbra: Coimbra, 1995.

KRELL, Andreas Joachim. A relação entre protecção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173-188.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 16 jan. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 159/07.** Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/3663100/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

PORTUGAL. **DL 124/2006**. Sistema nacional de defesa da floresta contra incêndios. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/leis_mostra_articulado.php?nid=1931&tabela=leis. Acesso em: 19 jan. 2021.

ROJAS CORTES, María Juliana. **Función ecológica de la propiedad en Colombia**: de la imprecisión conceptual a la construcción de un nuevo derecho de propiedad. Tese de Grado, Bogotá, 2007. p. 42-43. Disponível em: http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmdocuments/cendocieu/Especializacion_Mercados/Documentos_Cursos/Funcion_Ecologica_Propiedad-Rojas_Maria-2007.pdf. Acesso em: 21 dez. 2019.

TEIXEIRA, Madalena. As limitações do direito de propriedade de bens imóveis no Direito português. **Cadernos do CENoR** n° 1. **Centro de Estudos Notariais e Registais**, 2013. p. 137-144. Disponível em: http://www.livrariajuridica.com/ins_product.aspx?&SUB_NAV_ID_OBJ=37060. Acesso em: 16 jan. 2021.

As taxas moderadoras no Anteprojeto de Lei de Bases da Saúde

Moderator fees in the ante-project of health bases law

Aquilino Paulo Antunes*

Resumo: Neste trabalho são sumariamente analisadas as implicações do anteprojeto de Lei de Bases da Saúde no regime jurídico das taxas moderadoras vigente em Portugal, e particular no que concerne à regulação do uso dos serviços públicos de saúde.

Palavras-chave: Taxas moderadoras. Lei de Bases da Saúde. Tendencial gratuitidade do SNS. Externalidades. Critério da necessidade do uso dos serviços públicos de saúde.

Abstract: This paper summarizes the implications of the preliminary draft of the Basic Health Law in the legal regime of moderating rates in force in Portugal, particularly regarding the regulation of the use of public health services.

Keywords: User fees. Basic Law on Health. Externalities. Tending-towards-free NHS. Criterion of necessity of use of public health services.

Introdução

Pretende-se neste documento fazer uma análise daquilo que poderá ou deverá ser o regime de taxas moderadoras pela prestação de cuidados de saúde no âmbito do Serviço Nacional de Saúde (SNS), como

* Advogado. Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

consequência da futura Lei de Bases da Saúde. A versão deste documento que iremos considerar é o anteprojeto que consta do portal do SNS¹.

Começaremos por fazer um breve enquadramento teórico das taxas moderadoras – aquilo que noutros países se designa de *user fees*² – após o que faremos uma análise sintética do regime atualmente em vigor, decorrente da Constituição da República Portuguesa³, da Lei de Bases da Saúde e do Decreto-Lei n.º 113/2011⁴, de 29 de Novembro, o qual foi diversas vezes alterado e consagra o regime das taxas moderadoras.

Por último, analisaremos a Base XXV do anteprojeto de Lei de Bases da Saúde e procuraremos identificar eventuais pontos de divergência com o regime atualmente em vigor, bem como faremos algumas críticas e sugestões de melhoria, após o que extrairemos algumas conclusões.

1 Breve enquadramento teórico das taxas moderadoras sob o ponto de vista jurídico-económico

Durante muito tempo, até a revisão constitucional de 1997, os tributos públicos distinguiam-se apenas entre impostos e taxas. A distinção era efetuada em função da existência, ou não, de um nexó sinalagmático entre o tributo e a prestação administrativa a assegurar

¹ Serviço Nacional de Saúde. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2018/06/LEI_BASES_18062018_pre_proposta_apresentacao_INSA.pdf. Acesso em: 26 fev. 2020.

² Cfr. MARZENA, Tambor *et al.*, “Diversity and dynamics of patient cost-sharing for physicians’ and hospital services in the 27 European Union countries”. In: **European Journal of Public Health**, v. 21, n. 5, 2010, p. 585 *et seq.* Para uma panorâmica geral dos *user fees* (num sentido mais lato do que as meras taxas moderadoras) na União Europeia antes da adesão da Croácia, cfr. MARZENA, Tambor. **Patient Cost-Sharing for Health Care in Europe**. Tese de Doutoramento, Universidade de Maastricht, 2015, p. 31 *et seq.*

³ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁴ PORTUGAL. **Decreto - Lei n.º 113/2011**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/146061/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

pela entidade pública⁵. As taxas caracterizavam-se pela bilateralidade entre a prestação tributária e a prestação público, enquanto os impostos se caracterizavam pela unilateralidade. Esta expressão era utilizada no sentido de não ser exigida qualquer prestação específica da entidade pública a favor do sujeito passivo. Aquela bilateralidade – ou sinalagmaticidade – está associada à *divisibilidade*, ou individualização, da prestação pública a favor do sujeito passivo⁶.

Com a mencionada revisão constitucional surgiu um *tertium genus* que corresponde às *contribuições financeiras a favor das entidades públicas*, a que alude a alínea i) do n.º 2 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa⁷. Não obstante, esta figura não releva para a presente análise, pelo que nos cingiremos às figuras tributárias mencionadas em primeiro lugar.

No panorama dos tributos públicos, as taxas moderadoras são verdadeiras taxas bilaterais, ou sinalagmáticas, e não impostos, porquanto constituem contrapartida da prestação de um serviço público, ainda que de valor manifestamente inferior ao valor deste serviço⁸. Pelo contrário, os impostos caracterizam-se pela unilateralidade e assentam essencialmente na capacidade contributiva.

⁵ AQUILINO, Paulo Antunes. **Com um Regime geral por Horizonte: Contributo para a Definição do Parâmetro de Igualdade e da Base de Cálculo das “Demais Contribuições Financeiras a Favor das Entidades Públicas”**, tese de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011. p. 7 *et seq.* Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/19971/1/ulfd124179_tese.pdf. Acesso em: 26 fev. 2020; VASQUES, Sérgio. **O Princípio da Equivalência Como Critério de Igualdade Tributária**, Coimbra: Almedina, 2008. p. 227 *et seq.*

⁶ AQUILINO, 2011, p. 15; XAVIER, Alberto. **Manual de Direito Fiscal**. I, Lisboa, 1974. p. 42 *et seq.*; NABAIS, José C. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 260; NABAIS, José C. **Direito Fiscal**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 20-32.

⁷ AQUILINO, 2011, p. 7 *et seq.*; VASQUES, 2008, p. 227 *et seq.*

⁸ É suficiente a mera equivalência jurídica, não se exigindo a equivalência económica entre a prestação tributária e a prestação pública. Cfr. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 115/2002**, de 12.03.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 26 fev. 2020. VASQUES, 2008, p. 348 *et seq.*

É o que resulta os n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º da Lei Geral Tributária⁹:

1 - Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património.

2 - As taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.

[...].

As taxas tanto podem ter finalidades de financiamento público como podem ter finalidades extrafiscais, no sentido de incentivar os sujeitos passivos a adoptarem, ou abster-se da prática de, um comportamento¹⁰. O mesmo sucede teoricamente com as taxas moderadoras¹¹.

Estes tributos com finalidades extrafiscais são geralmente designados por *tributos pigouvianos*, ou corretivos, e visam internalizar as externalidades negativas causadas pelos sujeitos passivos, fazendo recair sobre estes os custos sociais dessa externalidade¹². No caso das taxas moderadoras, a externalidade negativa é o congestionamento ou,

⁹ PORTUGAL. **Lei Geral Tributária**. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34438775/view?p_p_state=maximized. Acesso em: 19 jan. 2021.

¹⁰ PIGOU, Arthur C. **The Economics of Welfare**, Volume I, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK), 2009. p. 172 e 192-193; ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**, 3. ed. Coimbra, Almedina, 2005. p. 572 *et seq*; VASQUES, 2008, p. 307-321; CHRISTIANSEN, Vidar; SMITH, Stephen. **Externality-Correcting Taxes and Regulation**, Institute for Fiscal Studies, Working Paper W09/16, 2008, p. 2 *et seq*; FLEISCHER, Victor. Curb Your Enthusiasm for Pigouvian Taxes. **Vanderbilt Law Review**, v. 68, n. 6, 2015. p. 1674 *et seq*.

¹¹ Sobre as bases teóricas dos *user fees*, cfr. MWABU, Germano. User Charges for Health Care: A Review of the Underlying Theory and Assumptions, The United Nations University (UNU/WIDER), **Working Paper**, No. 127, 1997. p. 5 *et seq*.

¹² Naturalmente que este tipo de tributos não é isento de críticas: estes tributos não são aptos a modificar todo o tipo de comportamentos. FLEISCHER, 2015, p. 1703, embora conclua que os *tributos pigouvianos* não são adequados para alterar um conjunto de comportamentos, considera-os eficazes quanto à modificação dos comportamentos com efeitos no ambiente e das situações de congestionamento.

dito de outro modo, o excesso de uso, ou o uso desnecessário, dos serviços de saúde¹³.

Por isso, a taxa moderadora, quando tenha uma finalidade preponderantemente extrafiscal, visa alcançar uma alocação eficiente dos recursos, ao atribuir um preço ao serviço e assim desencorajar o uso desnecessário ou, dito pela positiva, incentivar a apenas recorrer aos serviços de saúde quem deles necessite efetivamente¹⁴.

No entanto, poderão existir casos em que o recurso a certos cuidados de saúde é susceptível de causar externalidades positivas, pois poderá assim evitar-se a propagação de doenças, como sucede com as atividades preventivas no domínio da saúde – vacinação, rastreios, trocas de seringas ou distribuição de preservativos. Nesses casos beneficiam, não apenas quem recorre a esse serviço de saúde, mas também um número indeterminado de outros cidadãos e, em última análise, os serviços de saúde¹⁵. Por este motivo, nessas hipóteses, em vez de se cobrar taxa moderadora, o que faz sentido é isentar o seu pagamento, de modo a incentivar o recurso a esses cuidados.

Naturalmente que os tributos *pigouvianos* têm vantagens e desvantagens. De resto, há quem defenda que os tributos em causa

¹³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, 2. ed. Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra, 2010. p. 1313-1314; ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da Saúde: Lições**, Lisboa, Universidade Católica, 2014. p. 58-62 e 256 *et seq.* CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º**, Volume I, 4. ed. Revista, Coimbra: Coimbra, 2007. p. 827, colocam em evidência o imperativo constitucional de as taxas moderadoras não impedirem o acesso por parte dos mais necessitados nem terem valores tão elevados que impossibilitem o acesso pelos utentes.

¹⁴ Nos casos em que as taxas tenham uma finalidade preponderantemente fiscal, as mesmas são criticáveis pelo facto de transferirem os custos dos serviços de saúde para os mais pobres, geralmente mais carecidos destes cuidados. Cfr. CREESE, Andrew. User fees: they don't reduce costs, and they increase inequity. **BMJ**, v. 315, 1997. p. 202; MWABU, 1997, p. 7-8.

¹⁵ MWABU, 1997, p. 11; ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 259-260.

podem internalizar as externalidades, mas criar outras distorções¹⁶. No caso das taxas moderadoras, uma das vantagens é a moderação do uso através da *consciência do custo*, susceptível de contribuir para mitigar o *risco moral* por parte do utente¹⁷. O *risco moral* consiste no facto de o utente, beneficiando de acesso ilimitado e gratuito aos cuidados de saúde, poder não só ignorar a necessidade de tomar medidas preventivas das doenças como também – o que é pior – adoptar comportamentos de risco susceptíveis de contribuir para agravar o seu estado de saúde¹⁸.

A própria vantagem da *moderação do uso* poderá revelar-se uma verdadeira desvantagem, sob a perspectiva da equidade, se essa moderação for tão longe que coloque em causa o acesso aos cuidados de saúde por parte de quem deles realmente necessita¹⁹. Mas, ainda assim, este tipo de tributo permite induzir alguma eficiência na procura, nos termos expostos, mas também na oferta, pois permite transmitir informação quanto à escassez dos recursos e quanto à necessidade de prestar os serviços a um custo cada vez mais baixo²⁰.

Em Portugal, durante a execução do Plano de Assistência Económico-Financeira, surgiram diversas notícias dando nota do facto

¹⁶ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**. 1960, p. 3 *et seq.*; CHRISTIANSEN; SMITH, 2008, p. 31; FLEISCHER, 2015, p. 1674 *et seq.*

¹⁷ TAMBOR, *et al.*, 2010, p. 585.

¹⁸ Cfr. CULYER, Anthony J. **The Dictionary of Health Economics**, Cheltenham, UK: Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2005. p. 219 – sobre a noção de risco moral. Cfr. EARL-SLATER, Alan. **Dictionary of Health Economics**. Abingdon, Oxon: Radcliffe Medical Press, 1999. p. 90 e 147. Cfr. ARAÚJO, 2005, p. 421 *et seq.* BERKOVITCH, Elazar *et al.* A Double Moral Hazard Model of Organization Design. **Journal of Economics & Management Strategy**, v. 19, n. 1, Spring, 2010. p. 84 – defendem que a própria organização – nomeadamente o SNS – pode contribuir para reduzir ou aumentar o risco moral. Cfr. BARROS, Pedro Pita. **Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos**. 3. ed. Atualizada, Coimbra, Almedina, 2013. p. 159 *et seq.*; 200 e 211 *et seq.*

¹⁹ CREESE, 1997, p. 203; CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 827; CHRISTIANSEN; SMITH, 2008, p. 31; TAMBOR *et al.*, 2010, p. 585. ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 58-62 e 256 *et seq.*

²⁰ MWABU, 1997, p. 7-9.

de alguns cidadãos terem dificuldades de acesso aos serviços públicos de saúde, por virtude das taxas moderadoras que lhes eram exigidas²¹. Para obviar a este problema, devem existir sistemas de apoio dos mais desfavorecidos, que poderão consistir em isenções do pagamento de taxas moderadoras ou outros benefícios fiscais²². A este propósito, é importante realçar que, no nosso país, mais de metade da população está isenta ou dispensada do pagamento de taxas moderadoras.

No leque das desvantagens dos *tributos pigouvianos*, conta-se a regressividade dos mesmos. Esta regressividade significa que o tributo, por ser unitário ou de valor fixo (*lump sum tax*), implica um maior esforço para os mais pobres, por representar um sacrifício proporcionalmente maior para o seu rendimento, do que para os mais abastados, cujo rendimento sofre sacrifício proporcionalmente menor²³.

A regressividade das taxas moderadoras reflete-se negativamente sobre o acesso, principalmente se se tiver em conta que, em regra, os mais pobres têm – ou vivem em condições propiciadoras de – mais problemas de saúde do que os mais ricos²⁴.

Diz-se dos *tributos pigouvianos* que os mesmos aumentam a eficiência, através de uma mais adequada alocação dos recursos²⁵. No caso dos serviços de saúde, as taxas moderadoras permitem a alocação dos serviços de saúde a quem tem maior capacidade para pagá-las.

Porém e como veremos mais adiante, a imposição constitucional de garantir o acesso por parte de quem mais necessita de

²¹ CORREIA, T. *et al.* ‘Listening to doctors on patients’ use of healthcare during the crisis: uncovering a different picture and drawing lessons from Portugal. **Journal of Public Health**, v. 39, n. 2, 2016, p. 56, 62, também dão nota dos problemas de acesso provocados pela política de contenção de custos praticada nos serviços de saúde públicos durante a crise económico-financeira.

²² Mas são possíveis outros mecanismos, como, por exemplo, o apoio por parte da Segurança Social.

²³ MWABU, 1997, p. 8. No sentido de que a regressividade dos tributos comutativos actualmente não se coloca nos mesmos termos, cfr. VASQUES, 2008, p. 392 *et seq.*

²⁴ BARROS, 2013, p. 211.

²⁵ MWABU, 1997, p. 7-9.

cuidados de saúde e poderá não dispor de capacidade económica para pagar as taxas moderadoras, exige que o mecanismo seja contrabalançado com um vasto conjunto de isenções ou outros benefícios fiscais. O mesmo se diga no que respeita às situações em que importa incentivar o acesso aos cuidados de saúde, quando esse acesso tenha externalidades positivas²⁶.

Sob outra perspectiva, a cobrança de taxas moderadoras, embora teoricamente apta a moderar o uso dos serviços de saúde, pode não reduzir os custos de saúde ou pode não os reduzir na mesma proporção da redução do uso. Isto significa que a moderação do consumo na saúde pode não significar economia de recursos na sua razão direta. Com efeito, o facto de, em certo momento, o utente optar por não recorrer ao serviço de saúde, para não suportar o valor da taxa, não afasta a possibilidade de o mesmo utente recorrer a esse serviço em momento posterior e num estado mais avançado de doença que exija cuidados mais diferenciados e mais caros²⁷.

Em abstrato, se uma pessoa que tem uma cárie dentária acabada de revelar-se não recorrer ao dentista neste momento, é altamente provável que acabe por recorrer mais tarde a esse profissional e tenha de ser sujeita a uma reconstrução ou mesmo a uma extração dentária. Se passarmos para o foro oncológico, a demora no acesso poderá ser a diferença entre a vida ou a morte, conduzindo a situações de perda absoluta de bem-estar²⁸.

Estes dois pequenos exemplos demonstram que a moderação do uso nem sempre é proporcionalmente positiva para o orçamento do SNS e, o que é pior, induz perdas de bem-estar social, por poder conduzir ao agravamento do estado de saúde do doente.

²⁶ ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 259-260.

²⁷ CREESE, 1997, p. 202-203.

²⁸ Sobre a questão da perda absoluta de bem-estar, cfr. ARAÚJO, 2005, p. 235 *et seq*; CRUZ, José Neves. **Economia Política: Uma Abordagem Dialética da Escolha Pública**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 13; FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições Verticais: Os Argumentos e Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. p. 780 *et seq*.

2 Análise sintética do regime em vigor

Vejamus agora o regime vigente no nosso país. A Constituição da República Portuguesa²⁹, no n.º 1 do seu artigo 64.º, estabelece que todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. O n.º 2 desse artigo estabelece, na alínea a), que o direito à proteção da saúde é realizado através de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) *universal e geral* e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, *tendencialmente gratuito*.

Do ponto de vista económico, a *universalidade* do SNS obsta à seleção adversa dos beneficiários por parte do “segurador público”; a *generalidade* do SNS apela à escolha pública na definição da “carteira de serviços” – ou das “coberturas” – do “seguro público”, bem como à eficiência na prestação, de modo a garantir essas “coberturas”; e a *tendencial gratuitidade* visa minimizar a hipótese de *risco moral* por parte dos beneficiários, introduzindo uma noção de custo que poderá, por exemplo, concretizar-se através das taxas moderadoras ou da comparticipação dos medicamentos³⁰.

O n.º 3 do mesmo artigo 64.º incumbe prioritariamente o Estado de, para proteger o direito à saúde, (i) garantir(a) o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, bem como (b) uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde, e de (ii) orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos.

No que toca à *tendencial gratuitidade*, importa salientar que já na vigência da redação anterior da Constituição, que previa um SNS gratuito, o Tribunal Constitucional admitiu, no Acórdão n.º 330/89, a

²⁹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em: 16 jan. 2021.

³⁰ Sobre a *tendencial gratuitidade* e o seu reflexo nas taxas moderadoras, cfr. ESTORNINHO; MACIEIRINHA. 2014, p. 58-62 e 256 *et seq.*

cobrança de taxas moderadoras, desde que o legislador não colocasse em causa o conteúdo mínimo da *gratuidade* nem os princípios da *universalidade* e da *generalidade*³¹.

No fundo, tal como já decorria da redação originária da Constituição, o estabelecimento das taxas moderadoras não pode colocar em causa o acesso dos cidadãos aos cuidados de saúde.

A alusão ao princípio da *socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos* demonstra a clara opção pelos *impostos gerais* como principal fonte de financiamento da prestação de cuidados de saúde. De resto, a doutrina portuguesa nesta matéria é unânime quanto à preferência pelos impostos gerais como principal fonte de financiamento do SNS³².

No quadro da redação atual do artigo 64.º, resultante da revisão constitucional de 1989, foi publicada a Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, que aprovou a Lei de Bases da Saúde, a qual foi posteriormente alterada pela Lei n.º 27/2002³³, de 8 de Novembro.

A Base XXXIV da mesma lei, subordinada à epígrafe “Taxas moderadoras”, estabelece o seguinte:

1 - Com o objectivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde, podem ser cobradas taxas moderadoras, que constituem também receita do Serviço Nacional de Saúde.

2 - Das taxas referidas no número anterior são isentos os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos, nos termos determinados na lei.

³¹ Cfr. MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 1314; SIMÕES, Jorge *et al.* (coord.). **A Sustentabilidade Financeira do Serviço Nacional de Saúde**. Lisboa: Ministério da Saúde - Secretaria Geral, 2008. p. 51 *et seq*; ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 58-62 e 256 *et seq*. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 330/89, de 11.04.1989.

³² Cfr. BARROS, 2013, p. 208.

³³ PORTUGAL. **Lei n.º 27/2002**. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/425487/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

A citada Base XXXIV não é clara quanto às finalidades das taxas moderadoras ali previstas. Estas surgem como *complementares* das medidas “reguladoras do uso dos serviços de saúde”. Julgamos, apesar disso, que a referência na mesma base à *regulação do uso* parece, pelo menos, dar guarida à finalidade extrafiscal de moderação do uso. No entanto, a mesma redação não exclui uma finalidade de financiamento³⁴.

Importa, apesar de tudo, notar que, na prática, as taxas moderadoras têm uma relevância muito reduzida nos proveitos das entidades públicas do SNS. Com efeito, em 2017, as taxas moderadoras representaram apenas 1,4% do total dos proveitos dessas entidades:

Indicadores (Valores Acumulados)			
	Real N	Real N-1	N/N-1
Proveitos Operacionais	5.060.112 K€	5.046.297 K€	13.815 K€ (+0,3%)
Proveitos Contrato Programa	4.698.697 K€	4.657.460 K€	41.237 K€ (+0,9%)
% Proveitos Operacionais Extra Contrato Programa	7,1%	7,7%	-0,6 p.p.
% Execução Contrato Programa	97,3%	99,9%	-2,6 p.p.
% Proveitos Taxas Moderadoras	1,4%	1,6%	-0,2 p.p.

Análise Comparativa - Total Instituições EPE

Fonte: http://monitorizacao.acss.min-saude.pt/MH_EconFinProveitosDashboard.

Não quer com isto dizer-se que as taxas moderadoras representem *apenas* 1,4% da totalidade dos proveitos do SNS, na medida em que no referido quadro não estão incluídas as taxas cobradas por outros prestadores em nome do SNS, como é o caso dos prestadores dos sectores

³⁴ ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 257, recusam a finalidade de financiamento das taxas moderadoras.

privado e social (convencionados ou mediante acordos de gestão ou de cooperação)³⁵ ou das parcerias público-privado da saúde³⁶.

A finalidade extrafiscal das taxas moderadoras visa moderar o uso dos serviços de saúde e ao mesmo tempo lidar com o já referido *risco moral*, que consiste na adopção de comportamentos de risco para a saúde, em grande medida motivada pela não consciência do custo, decorrente da gratuitidade ou da inexistência de um preço, por muito simbólico que o mesmo seja³⁷.

Por isso, a fixação de taxas moderadoras consubstancia a estipulação de um custo para os cuidados de saúde e contribui para mitigar o *risco moral*, pelo facto de permitir que o doente tenha noção desse custo³⁸.

Vejamos agora os termos em que o legislador concretizou as taxas moderadoras que atualmente vigoram. Como referimos, o regime jurídico das taxas moderadoras consta do Decreto-Lei n.º 113/2011³⁹, de 29 de Novembro, já por diversas vezes alterado⁴⁰.

O mencionado diploma consagra um regime *sui generis* e, por vezes, de difícil interpretação. Com efeito e por um lado, o regime prima pela originalidade ao estabelecer uma norma de incidência, outra de isenção e outra de “dispensa da cobrança”; por outro lado, é necessário o cotejo de, pelo menos, os artigos 2.º, 4.º e 8.º, para se compreender os

³⁵ Cfr. Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de Outubro.

³⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 86/2003, de 26 de Abril, 18/2008, de 29 de Janeiro, 176/2009, de 4 de Agosto, e 111/2012, de 23 de Maio.

³⁷ COASE, 1960, p. 3 *et seq*; CHRISTIANSEN; SMITH, 2008, p. 31; FLEISCHER, 2015, p. 1674 *et seq*.

³⁸ COASE, 1960, p. 3 *et seq*; CHRISTIANSEN; SMITH, 2008, p. 31; FLEISCHER, 2015, p. 1674 *et seq*.

³⁹ PORTUGAL. **Decreto - Lei n.º 113/2011**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/146061/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁴⁰ O diploma foi alterado pelas Leis n.ºs 51/2013, de 24 de Julho, 83-C/2013, de 31 de Dezembro, 134/2015, de 7 de Setembro, 3/2016, de 29 de Fevereiro, 7-A/2016, de 30 de Março, e 42/2016, de 28 de Dezembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 117/2014, de 5 de Agosto, 61/2015, de 22 de Abril, 90/2017, de 28 de Julho, e 137/2017, de 10 de Outubro.

casos em que são, ou não, devidas taxas moderadoras, pois o primeiro deles define a incidência do tributo e os restantes definem, com *nuanças*, os benefícios fiscais. Além disso, existem normas no artigo 8.º sobre dispensa de cobrança que deveriam fazer parte das normas de incidência estabelecidas no artigo 2.º.

O artigo 3.º do diploma remete no seu n.º 1 a definição do valor concreto das taxas para portaria, embora o n.º 2 do mesmo artigo estabeleça, como limite máximo desse valor, 1/3 dos valores estabelecidos na tabela de preços do SNS. O artigo 7.º do mesmo diploma estabelece as regras de cobrança. Ao incumprimento do pagamento das taxas moderadoras é aplicável o Regime Geral das Infracções Tributárias, face à revogação do artigo 8.º-A, concretizada pela Lei n.º 42/2016⁴¹, de 28 de Dezembro. Não entraremos numa análise mais detalhada destes e doutros preceitos, bem como da portaria que define o valor das taxas, pois não relevam para o presente trabalho⁴².

Assim, o artigo 2.º do citado diploma prevê o pagamento de taxas moderadoras relativamente às seguintes prestações de saúde, desde que os encargos sejam suportados pelo orçamento do SNS:

- a) Nas consultas nos prestadores de cuidados de saúde primários, no domicílio, nos hospitais e em outros estabelecimentos de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas;
- b) Na realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica em serviços de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas, com exceção dos efetuados em regime de internamento, no hospital de dia e no serviço de urgência para o qual haja referência pela rede de prestação de cuidados de saúde

⁴¹ PORTUGAL. **Lei n.º 42/2016**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/105637672/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁴² Trata-se da Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de Dezembro, na redacção resultante das Portarias n.ºs 408/2015, de 25 de Novembro, e 64-C/2016, de 31 de Março.

primários, pelo Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde ou pelo INEM⁴³;
c) Nos serviços de urgência hospitalar.

Como se constata, não é paga taxa moderadora pela realização de MCDT quando os mesmos sejam realizados em internamento, no hospital de dia ou quando realizados no serviço de urgência, desde que o acesso a este serviço de urgência se tenha efetuado por referência dos cuidados de saúde primários, do CCSNS ou do INEM. Esta parte final da norma faz sentido, por se entender que estas devem ser as *portas de entrada* no sistema.

Porém, esta norma, apesar de excepcionar os MCDT realizados no serviço de urgência, não contém idêntica exceção para o *atendimento em serviço de urgência*. A exceção em causa surge apenas na alínea m) do artigo 8.º do mesmo diploma, que *dispensa a cobrança* de taxas moderadoras relativas a prestações de cuidados de saúde em atendimento em serviço de urgência, no seguimento de: (i) referência pela rede de prestação de cuidados de saúde primários; pelo CCSNS ou pelo INEM, *incluindo os atos complementares prescritos*; (ii) admissão a internamento através da urgência.

Ou seja, existe aqui uma incoerência nas soluções adoptadas pelo legislador, na medida em que faria sentido que as normas de incidência, ou de não incidência, estivessem todas no mesmo artigo. Além disso, os *atos complementares prescritos* nestes casos já se encontram excepcionados do pagamento de taxas moderadoras por força da alínea b) do artigo 2.º, o que significa uma previsão redundante do mesmo caso.

Mas existem ainda dois casos semelhantes que também não constam do artigo 2.º. O primeiro deles é o da *primeira consulta de especialidade hospitalar*, com referência pela rede de prestação de cuidados de saúde primários, previsto na alínea c) do artigo 8.º. O segundo é do *atendimento na rede de prestação de cuidados de saúde*

⁴³ Instituto Nacional de Emergência Médica, I.P.

primários, no seguimento de referenciação pelo CCSNS, previsto na alínea n) do artigo 8.º. Ambos os casos estão previstos como meras *dispensas de cobrança*, quando deveriam constituir situações de não incidência, por exceção ao disposto na alínea a) do artigo 2.º.

O artigo 4.º do mesmo diploma prevê uma extensa lista de isenções. Recorde-se que o princípio constitucional da *tendencial gratuidade* do SNS manda atender às condições económicas e sociais dos cidadãos e que a Lei de Bases da Saúde determina que sejam “isentos os grupos populacionais sujeitos a maiores riscos e os financeiramente mais desfavorecidos”.

Da lista de isenções do artigo 4.º, podemos considerar como *grupos populacionais sujeitos a maiores riscos* as grávidas e parturientes; os doentes transplantados; os menores e os jovens que se encontrem em cumprimento de medidas tutelares de internamento, de guarda em centro educativo ou em instituição pública ou privada, bem como os jovens integrados em qualquer das respostas sociais de acolhimento por decisão judicial proferida em processo tutelar cível ou que se encontrem em processo de promoção e proteção; os requerentes de asilo e refugiados, respectivos cônjuges ou equiparados e descendentes diretos; os utentes portadores de incapacidade igual ou superior a 60% e os militares e ex-militares das Forças Armadas portadores de incapacidade por acidente em serviço [cfr. alíneas a) a c), h), i) e k) a n) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011⁴⁴, de 29 de Novembro, na redação atual]. Ainda assim, no que toca às grávidas, devem pagar taxa moderadora as que optem por interromper a gravidez nas primeiras 10 semanas (n.º 2 do mesmo artigo 4.º), solução que visa desincentivar o aborto voluntário e que se compreende num país com uma reduzida taxa de natalidade, como é Portugal.

⁴⁴ PORTUGAL. **Decreto - Lei n.º 113/2011**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/146061/details/maximized>. Acesso em: 19 jan. 2021.

Quanto aos *grupos populacionais financeiramente mais desfavorecidos*, podemos aí incluir os utentes em situação de insuficiência económica comprovada, e os que dependam do agregado familiar daqueles, bem como os desempregados inscritos no centro de emprego, cujo subsídio não exceda 1,5 vezes o indexante de apoios sociais (IAS), cuja insuficiência económica é insusceptível de prova nos termos do artigo 6.º, e o respectivo cônjuge e dependentes [cfr. alíneas d) e j) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, na redacção actual]. O artigo 6.º prevê um mecanismo de verificação da condição de insuficiência económica, que não releva para o objeto da nossa análise⁴⁵.

Existem ainda outros grupos de pessoas que beneficiam de isenção de taxas moderadoras, mas julgamos que esta isenção constitui um *incentivo à continuação das respectivas actividades meritórias*: os dadores benévolos de sangue; os dadores vivos de células, tecidos e órgãos e os bombeiros [cfr. alíneas e) a g) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de Novembro, na redacção actual]. Julgamos que estas actividades, embora possam comportar *risco* para os próprios, não terão sido visadas nesse sentido pelo n.º 2 da Base XXXIV da Lei de Bases da Saúde.

As isenções referidas não esgotam – como já deixamos entrever – as situações em que poderá não ocorrer pagamento de taxas moderadoras. Com efeito, o artigo 8.º do mesmo decreto-lei prevê ainda vários casos em que é *dispensada a cobrança* dessas taxas.

Importa notar que esta figura da *dispensa de cobrança*, embora original quanto à sua designação, constitui um conjunto de casos de *benefícios fiscais*. Na realidade, nos termos do artigo 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais:

⁴⁵ Cfr. Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de Dezembro, alterada pela Portaria n.º 289-B/2015, de 17 de Setembro. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema da insuficiência económica, cfr. ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 261-265.

1 - Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.

2 - São benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam às características enunciadas no número anterior.

[...].

Ora, a dispensa de cobrança parece constituir uma destas medidas fiscais, de carácter excepcional, instituída para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes. É importante notar que a simples dispensa de cobrança parece deixar à entidade competente o poder discricionário para decidir se deve, ou não, cobrar efetivamente o tributo. Este poder discricionário poderá não ser compatível com o princípio da legalidade tributária, na medida em que é apto a gerar incerteza e a criar situações de desigualdade e discriminação. E pode ainda suceder o caso de o doente ser dispensado do pagamento da taxa numa consulta e não ser dispensado em outra consulta da mesma natureza, consoante a política adoptada pela, ou disposição da, entidade competente. Estes problemas poderão ser grandemente amplificados pelo facto de existirem diversas entidades competentes para a cobrança de taxas moderadoras e, teoricamente, cada uma poder decidir de modo diferente perante casos similares.

Julga-se, por isso, que estes benefícios fiscais deveriam configurar verdadeiras isenções, figura que encerra maior segurança jurídica, por não permitir margem de discricionariiedade à entidade competente para cobrança.

Feito este reparo, avancemos com a análise dos casos em que poderá ocorrer dispensa de cobrança. Já aludimos a três deles, previstos nas alíneas m) e n) do artigo 8.º, que nos parecem constituir verdadeiras exceções às normas de incidência e que, por esta razão, deveriam antes constar do artigo 2.º.

Os restantes casos poderão reconduzir-se aos seguintes conjuntos⁴⁶: (i) casos *geradores de externalidades positivas para a sociedade*; (ii) casos de *prestações de cuidados de saúde a portadores de doenças particularmente graves ou que implicam cuidados de longa duração*; e (iii) casos em que a *iniciativa de acesso aos serviços é alheia à vontade do utente*.

No que respeita ao conjunto de casos *geradores de externalidades positivas para a sociedade*, parece-nos que nele se incluem as consultas de planeamento familiar e atos complementares prescritos no decurso destas; as consultas e atos complementares de diagnóstico e terapêutica realizados no decurso de rastreios de base populacional, rastreios de infeções VIH/SIDA, hepatites, tuberculose pulmonar e doenças sexualmente transmissíveis, de programas de diagnóstico precoce e de diagnóstico neonatal, e no âmbito da profilaxia pré-exposição para o VIH, promovidos no âmbito dos programas de prevenção da Direção-Geral da Saúde; e a vacinação prevista no programa nacional de vacinação e pessoas abrangidas pelo programa de vacinação contra a gripe sazonal [alíneas a), g) e l) do artigo 8.º].

Poderia ainda incluir-se neste grupo o caso das consultas e atos complementares necessários para as dádivas de células, sangue, tecidos e órgãos [alínea f) do artigo 8.º], na medida em que importa igualmente incentivar estas dádivas. Ainda assim, cumpre salientar que o legislador trata diferentemente aqueles que já são doadores e quem frequenta estas consultas necessárias às dádivas.

Como aqueles que são doadores estão absolutamente isentos, julgamos que esta dispensa de cobrança diga respeito às consultas a que são submetidos aqueles que vão doar qualquer destes produtos biológicos pela primeira vez ou que, não o fazendo pela primeira vez, não apresentem documento comprovativo da qualidade de dador (cfr. n.º

⁴⁶ Para uma classificação diferente dos casos, cfr. ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 259-260.

3 do artigo 2.º do Decreto-Lei citado). Perguntar-se-á, então, se fará sentido esta diferença de tratamento, na medida em que se trata de situações materialmente idênticas.

Julgamos que, pela sua natureza, estes casos deveriam ser claramente incentivados, dadas as externalidades positivas que acarretam, pelo que a possibilidade de mera dispensa de cobrança poderá constituir um incentivo insuficiente. Seria, pois, mais adequada a isenção, quer numa perspectiva de igualdade quer numa perspectiva de finalidade do tributo.

No segundo conjunto, estão previstas *prestações de cuidados de saúde a portadores de doenças particularmente graves ou que implicam cuidados de longa duração*, como são os casos das consultas, bem como atos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito de doenças neurológicas degenerativas e desmielinizantes, distrofias musculares, tratamento da dor crónica, saúde mental, deficiências congénitas de fatores de coagulação, infeção pelo vírus da imunodeficiência humana/SIDA, diabetes, tratamento e seguimento da doença oncológica; cuidados de saúde respiratórios no domicílio; cuidados de saúde na área da diálise; atendimentos urgentes e atos complementares decorrentes de atendimentos a vítimas de violência doméstica; programas de tratamento de alcoólicos crónicos e toxicodependentes; e consultas, bem como atos complementares prescritos no decurso destas, no âmbito da prestação de cuidados pelas equipas específicas de cuidados paliativos [alíneas b), d), e), i), j) e o) do artigo 8.º].

Importa notar, porém, que qualquer destas situações seria enquadrável nos *grupos populacionais sujeitos a maiores riscos* que fundamentam as isenções já referidas. Por isso, a sua qualificação como mera dispensa de cobrança é controversa.

Por último, temos um conjunto de casos de dispensa de cobrança, porque a *iniciativa de acesso aos serviços é alheia à vontade do utente*. Trata-se dos casos de consultas no domicílio realizadas por

iniciativa dos serviços e estabelecimentos do SNS e de programas de tomas de observação directa [alíneas h) e k) do artigo 8.º].

Nestes casos, verdadeiramente não está em causa qualquer moderação do uso, pois a iniciativa não cabe ao utente, mas sim aos serviços. São estes que decidem ir ao domicílio ou observar diretamente a toma de medicamentos por parte do doente, de modo a garantir a adesão à terapêutica.

No fundo, nestes casos, longe de se tratar de situações passíveis de benefícios fiscais, através de isenção ou de dispensa de cobrança, estamos perante situações que deveriam ser de verdadeira *não incidência*.

Em resumo, o regime vigente, embora possa ser entendido como tendo um efeito moderador do uso desnecessário, tem claramente também um efeito de financiamento através da tributação de prestações de saúde a quem delas necessita, que não condiz com a justificação da tributação⁴⁷. Embora o legislador não o assuma, no caso das prestações de saúde *necessárias*, a taxa moderadora configura uma taxa bilateral com exclusiva finalidade de financiamento, que, entre outros aspectos, poderá ser prejudicial do acesso, por desincentivar o uso dos serviços de saúde por parte de quem deles necessita.

Se é certo que o regime em vigor poderá ser conforme com a Constituição da República Portuguesa, não parece que seja totalmente conforme com a Lei de Bases da Saúde em vigor e, como veremos adiante, claramente não o é com a proposta de nova Lei de Bases da Saúde.

Quer isto dizer que, se a nova Lei de Bases da Saúde vier a assentar no critério da necessidade do uso, o regime de taxas moderadoras atualmente em vigor terá de ser profundamente revisto. Com efeito e como vimos, o regime atual não está desenhado em função do mencionado critério da necessidade.

É por isso que o regime em vigor cria dificuldades de acesso a quem efetivamente necessita de cuidados de saúde e, ao mesmo tempo,

⁴⁷ Sobre a *tendencial gratuitidade* e o seu reflexo nas taxas moderadoras, cfr. ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 58-62 e 256 *et seq.*

não é suficientemente dissuasor do uso desnecessário. No fundo, o regime vigente tem uma finalidade moderadora para o uso desnecessário e uma finalidade de financiamento no que respeita às taxas pagas por quem efetivamente necessita de cuidados de saúde. Nesta medida, o regime é criticável.

3 A proposta de nova Lei de Bases da Saúde. Críticas e propostas de melhoria

No que respeita ao que poderá vir a ser o regime de taxas moderadoras, na sequência do anteprojeto de nova Lei de Bases da Saúde⁴⁸, importa salientar que esta dispõe, na sua Base XXV, o seguinte:

1 - Com o objetivo de moderar a procura desnecessária, a lei pode prever a cobrança de taxas moderadoras pelas prestações públicas de saúde, nos termos definidos pela lei, determinando a isenção de pagamento em situações de interesse de saúde pública, de maior risco de saúde ou de insuficiência económica.

2 - A lei deve estabelecer limites ao montante total de taxas moderadoras a pagar por prestação e por ano, com o objetivo de proteger os beneficiários do pagamento excessivo por prestações públicas de saúde.

Tal como decorre do citado artigo, a finalidade declarada para estes tributos é *moderar a procura desnecessária*. O mesmo artigo acentua, assim, o carácter extrafiscal do tributo, em detrimento da finalidade de financiamento, opção que nos parece positiva.

Trata-se de uma taxa bilateral ou sinalagmática, porque, como resulta da mesma Base, a mesma é devida como contrapartida das prestações públicas de saúde. Julga-se que esta referência às *prestações públicas de saúde* igualmente abrange as prestações de saúde por

⁴⁸ Disponível em: https://www.sns.gov.pt/wpcontent/uploads/2018/06/LEI_BASES_1_8062018_pre_proposta_apresentacao_INSA.pdf. Acesso em: 26 fev. 2020.

entidades privadas, desde que por conta do SNS, como é o caso das prestações executadas por entidades convencionadas com o SNS⁴⁹.

A proposta prevê a existência de isenções do pagamento de taxa, quando exista (i) interesse da saúde pública, (ii) maior risco de saúde ou (iii) insuficiência económica. Este preceito parece não admitir as referidas situações de *dispensa de cobrança*, que, com este enquadramento, passarão todas as situações de não incidência ou de *isenções* propriamente ditas. É uma opção que, face ao que dissemos no capítulo anterior, nos parece correta.

O n.º 2 da citada Base XXV estabelece que a lei deve prever limites ao montante total das taxas, para evitar o pagamento excessivo, os quais poderão ser *por prestação* e *por ano*.

Esta previsão é exatamente a negação do efeito moderador das taxas: basta recordar que as prestações de saúde necessárias poderão conter-se dentro do limite *por prestação* ou *por ano*, sendo que o utente, ultrapassado esse limite, não está impedido de recorrer a novas prestações de saúde, já sem qualquer moderação, porque o limite até ao qual incide o tributo foi ultrapassado e nada mais pode ser cobrado.

Portanto, o estabelecimento dos referidos limites destrói o efeito moderador. Os mesmos limites criam desigualdade no acesso desnecessário aos cuidados de saúde: quem acede desnecessariamente abaixo do limite, paga a taxa; quem acede desnecessariamente acima do limite, não a paga.

Além disso, com esta solução, não parece resolvido o problema do acesso sub-ótimo por parte de quem necessita de cuidados de saúde, o qual decorre da necessidade de pagamento da taxa moderadora.

Em nossa opinião, seria preferível adoptar um modelo diferente, que passaria por exigir o pagamento da taxa moderadora apenas a título de adiantamento, que se tornaria definitivo, no caso de se confirmar a

⁴⁹ Cfr. MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 1314; SIMÕES *et al.*, 2008, p. 51 *et seq.*; ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 58-62 e 256 *et seq.* Acórdão do Tribunal Constitucional nº 330/89, de 11.04.1989.

desnecessidade do uso, ou que seria devolvido, caso se confirmasse a necessidade desse uso⁵⁰.

Esta confirmação seria feita pelo *gatekeeper* das prestações de saúde do SNS, que deverá ser o médico do primeiro acesso de cada episódio, geralmente o dos cuidados de saúde primários. Até porque, como vimos, já existem alguns casos em que a cobrança é dispensada, atendendo ao local de origem da referenciação. Ou seja, no regime português de taxas moderadoras, já têm sido dados passos no sentido de incentivar a entrada do doente pelos cuidados de saúde primários. Estes passos deverão ser aprofundados e generalizados. Julgamos que, pela natureza da sua atuação, o centro de contacto do SNS (CCSNS) e o INEM não poderão funcionar como *gatekeeper*, embora, como veremos adiante, a sua intervenção possa ter um papel importante que interessa incentivar.

Mas não só. Julgamos não fazer sentido que, se o *gatekeeper* entender que existiu necessidade do uso e até prescrever meios complementares de diagnóstico e terapêutica (MCDT) ou referenciar para outras consultas mais diferenciadas, o utente tenha, depois, de pagar taxas moderadoras pelos MCDT ou pelas consultas⁵¹. Ou seja, quanto a nós, comprovada a necessidade, nada mais deve ser pago pelo utente. A hipótese de o *gatekeeper*, antes de se pronunciar quanto à necessidade, determinar a realização de MCDT será abordada *infra*.

Assim, em alternativa aos limites por prestação e por ano, julgamos que deveria enveredar-se por uma verdadeira *tributação do uso desnecessário*.

Com efeito, a necessidade do uso teria de ser aferida pelo *gatekeeper*. Sendo o uso considerado necessário, não seria devida qualquer taxa, devolvendo-se ao utente a taxa inicialmente adiantada. Sendo o uso considerado desnecessário, não só não seriam prescritos

⁵⁰ ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 260-261, também parecem apontar nesse sentido, ao considerarem inidónea a taxa para alcançar um objectivo de moderação quando se trate de cuidados ou exames prescritos pelo médico.

⁵¹ ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 260-261.

MCDT, como também não haveria referência para outras consultas. Além disso, a taxa inicialmente adiantada converte-se em definitiva e não seria devolvida.

O modelo assente no critério da comprovada necessidade do uso é mais justo e tende a resolver os problemas de que padece o regime vigente, designadamente o facto de criar dificuldades de acesso a quem efetivamente necessita de cuidados de saúde e, ao mesmo tempo, não ser suficientemente dissuasor do uso desnecessário, causando congestionamento no uso de recursos escassos, como sucede no caso dos serviços públicos de saúde.

No quadro que estamos a propor, o valor de cada taxa moderadora até poderia ser substancialmente mais elevado. Tal implicaria uma maior responsabilização do utente, pelo uso desnecessário dos cuidados de saúde, e do *gatekeeper*, pela avaliação do estado de saúde do doente.

Claro que o regime que aqui preconizamos poderá deparar-se com dificuldades. Desde logo, poderá ocorrer a recusa do médico *gatekeeper* em executar a sua função de controlo da necessidade do uso. Neste caso, será necessária uma maior responsabilização e fiscalização, bem como o envolvimento da Ordem dos Médicos. O mesmo se diga para os casos de execução defeituosa desse controlo, por exemplo, as hipóteses em que o médico considere necessário o uso dos serviços de saúde, apenas para poupar aos utentes o pagamento das taxas moderadoras.

A segunda dificuldade poderá resultar do facto de o médico *gatekeeper* eventualmente não ter capacidade para, de imediato, se pronunciar quanto à necessidade do uso dos serviços de saúde. Neste caso, se se mostrarem necessários MCDT, o regime deverá ser o mesmo: o utente paga as respectivas taxas a título de adiantamento e, se a necessidade do uso se comprovar, as mesmas ser-lhe-ão devolvidas.

Uma terceira dificuldade poderá ser a de ocorrer, deste modo, uma quebra de receita proveniente das taxas moderadoras. Quanto a este aspecto, já referimos que os serviços de saúde são essencialmente

financiados pelos *impostos gerais* e que as taxas moderadoras têm reduzida expressão entre as fontes de financiamento das entidades públicas do SNS, pelo que a quebra de receita sempre seria proporcionalmente diminuta.

Mas, sob outra perspectiva, esta solução permite a consagração de taxas de valores superiores aos atualmente praticados, na medida em que poderão ser devolvidas ao utente quando se comprove que o uso dos serviços de saúde foi necessário, enquanto que, no caso de uso desnecessário, a taxa paga é substancialmente mais elevada do que a atual, acentuando o efeito moderador. Deste modo, os adiantamentos convertidos em definitivos compensarão, ao menos em parte, a quebra de receita resultante das devoluções. No entanto, este mecanismo será mais favorável do que o atual, pois não existirá efetivo prejuízo para o acesso.

Ainda a propósito da dificuldade que poderá resultar da quebra de receita, importa recordar que o ante-projeto de nova Lei de Bases da Saúde prevê o estabelecimento de limites *por prestação e por ano*. Ora, afigura-se-nos que o mecanismo que propomos – taxas mais elevadas e devolução, no caso de uso necessário – não gerará quebra de receita superior à resultante dos limites previstos na proposta, sendo certo que, na solução que preconizamos, também não se perde o efeito moderador pretendido pelo legislador.

Mais: atendendo à atual disseminação dos cartões de crédito – que ainda poderá ser incentivada – se o utente pagar o adiantamento da taxa moderadora com um desses cartões e o sistema que propomos estiver a funcionar corretamente, o mesmo utente será reembolsado pela mesma via ainda antes de a taxa lhe ser debitada no extracto do cartão, pelo que haverá um efeito patrimonial neutro.

Ou seja, se o utente utilizar o cartão de crédito para proceder ao adiantamento do valor da taxa e o uso dos serviços de saúde se revelar efetivamente necessário, o mesmo poderá nem sequer sofrer qualquer prejuízo patrimonial – decorrente do adiantamento do valor da taxa e certamente não sofrerá qualquer limitação no acesso. Isto representará

uma evidente melhoria relativamente à situação atual e àquela que se adivinha da proposta de nova Lei de Bases da Saúde.

Poderá, ainda, ocorrer uma quarta dificuldade, que consiste na possibilidade de a cobrança de taxa de valor mais elevado, ainda que a título de adiantamento, desencorajar o recurso aos serviços de saúde por parte de pessoas que efetivamente estão doentes, mas que estão na dúvida quanto ao seu estado de saúde, isto é, que não sabem se estão, ou não, doentes a ponto de se justificar – de ser necessária – a ida aos serviços de saúde.

Julgamos que este problema poderá ser atenuado, ou resolvido, com um mecanismo adicional, que é a intervenção do CCSNS. Na dúvida quanto à necessidade de uso dos serviços de saúde, a pessoa contacta o referido Centro e, se este concluir que a mesma deverá dirigir-se a um serviço de saúde, já não poderá dizer-se que o eventual uso desnecessário é exclusivamente imputável ao utente. Assim, se o médico *gatekeeper* vier a concluir que o uso foi desnecessário, deverá, ainda assim, ser devolvida ao utente uma parte – que idealmente poderia ser metade – da taxa paga adiantadamente, atento o fato de a sua responsabilidade pelo acesso desnecessário ser partilhada com o CCSNS.

Diríamos, por conseguinte, que a proposta de nova Lei de Bases da Saúde é criticável quanto à previsão de limites anuais e por prestação, na medida em que mitiga, de modo inaceitável, o efeito moderador do uso desnecessário, pretendido pelo legislador.

Além disso, a mesma proposta implica a revisão do regime de taxas atualmente vigente, porquanto este, em grande medida, tem uma finalidade implícita de financiamento a partir das taxas pagas por aqueles que verdadeiramente têm necessidade de acesso aos serviços de saúde. Este tipo de taxas incidentes sobre o uso necessário deve ser eliminado.

Atendendo ao proposto objetivo de moderação do uso desnecessário, o regime de taxas vigente terá de ser revisto nesse sentido. Esta revisão deverá ter a preocupação de garantir o acesso por parte de quem necessita de cuidados de saúde.

Simultaneamente, a mesma revisão deve implicar a não exigência de taxas dos MCDT e das consultas, prescritos ou referenciadas, pelo *gatekeeper*, à exceção dos atos necessários à determinação da necessidade de uso, que deverão converter-se em definitivas e não ser devolvidas, caso se comprove o uso desnecessário.

Considerações finais

O regime de taxas moderadoras em vigor, a par da finalidade de moderação do uso desnecessário, tem implícita uma finalidade de financiamento através do pagamento por parte de quem efetivamente necessita de cuidados de saúde⁵², apesar dos vastos benefícios fiscais e do reduzido peso nos proveitos das entidades públicas do SNS. A consequência disto é a probabilidade elevada de prejuízo para o acesso, resultante do efeito moderador *cego*, por não ser sensível ao critério da necessidade do uso.

Na proposta de nova Lei de Bases da Saúde, embora se vinque este critério da necessidade, acaba por se prejudicar o efeito moderador, quando se prevê a existência de limites do montante das taxas por prestação e por ano.

Em alternativa a esta solução, julgamos que deveria enveredar-se por um sistema de comprovação da necessidade, critério determinante para saber se seria, ou não, devida taxa. Havendo necessidade, a taxa inicialmente adiantada seria devolvida; caso contrário, não o seria e não seriam prescritos outros MCDT ou consultas.

Este seria um sistema mais justo e que melhor garantiria o acesso aos cuidados de saúde por quem deles necessita do que o sistema actualmente vigente.

⁵² Sobre a *tendencial gratuitidade* e o seu reflexo nas taxas moderadoras, cfr. ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 58-62 e 256 *et seq.*

A poluição causada pelo tráfego aéreo no quadro das políticas públicas da União Europeia

Air traffic pollution in the framework of European Union public policy

Carolina Arantes e Oliveira Maia *

Resumo: O presente texto analisa o papel da União Europeia (UE) e o impacto das políticas públicas por esta implementadas no âmbito do combate à poluição proveniente do tráfego aéreo. Desde o momento em que esta discussão foi impulsionada pela UE, foram desenvolvidos diversos mecanismos pró-ambiente e foi levada a cabo investigação na área. Tendo o número de emissões de gases com efeito de estufa (GEE) crescido abruptamente nos últimos anos, a UE tentou assumir uma posição de liderança na tomada de medidas e no estabelecimento de metas neste setor. Ao longo das duas últimas décadas diversos acordos internacionais foram sendo celebrados; no entanto, frequentemente se questionou a pertinência e o sucesso da atuação da União nestas matérias, o que constitui o objeto último da atual reflexão.

Palavras-chave: Poluição. Tráfego aéreo. Políticas públicas europeias. Acordos internacionais. Sustentabilidade.

Abstract: This paper analyses the role of the European Union (EU) in the context of the combat against air traffic pollution, and the impact of public policies it has implemented in the field. From the moment this discussion was triggered by the EU, several pro-environment mechanisms have been developed, and research has been carried out in the area. Since the number of greenhouse gases (GHG) emissions has grown steeply in recent years, the EU has tried to take the lead in implementing measures and in setting goals in this sector. Over the past two decades various international agreements have been signed; however, the relevance and success of the Union's intervention in these

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa; Pós-graduação em Direito do Ambiente; Advogada Estagiária.

matters have often been questioned, and constitute the ultimate object of the current reflection.

Keywords: Pollution. Air traffic. European Public Policies. International Agreements. Sustainability.

Introdução

Dúvidas não existem de que o tráfego aéreo está em crescimento exponencial, conforme se constata pela análise estatística dos dados disponibilizados no Relatório Anual da *International Civil Aviation Organization* (ICAO)¹, desde 2009 até ao presente. Todavia, só mais recentemente têm surgido fortes preocupações no que respeita aos malefícios provenientes deste tráfego, nomeadamente em termos de poluição atmosférica e do meio ambiente em geral.

De facto, o desenvolvimento da tecnologia no setor dos transportes, através da utilização de energias alternativas, tem sido uma esperança para superar o problema da poluição do ar, contudo os seus avanços são lentos, e as normas ambientais e limites de emissões impostos pelo Direito Internacional ainda estão, aparentemente, um pouco longe de assustar verdadeiramente o poluidor e de o conseguir obrigar a adotar comportamentos mais sustentáveis.

Muitas têm sido as companhias aéreas que têm vindo a trabalhar na implementação de diversas medidas de mitigação dos estragos provenientes do tráfego dos seus aviões, porém este é o início de um caminho que ainda deixa a desejar, pela desproporção que existe entre as metas delineadas e as toneladas de gases poluentes libertados aquando

¹ Relatório Anual de 2018 referente às estatísticas relativas ao tráfego aéreo. **Presentation of 2018 Air Transport Statistical Results**. Disponível em: https://www.icao.int/annualreport2018/Documents/Annual.Report.2018_Air%20Transport%20Statistics.pdf. Acesso em: 26 fev. 2020.

do funcionamento dos motores dos seus aviões, procedentes da queima do combustível utilizado na realização dos diferentes percursos.

Assim, torna-se essencial que, entre o desenvolvimento de um tráfego aéreo sustentável e a arrecadação de receita e crescimento da economia a nível mundial, se encontre um balanço em que nenhuma destas prioridades ceda perante a outra, e em que as mesmas subsistam sem que fenómenos políticos as sustentem com base nos seus interesses, deixando para segundo plano o bem comum, a saúde pública e a preocupação com as gerações que nos irão suceder.

Em 12 de Dezembro de 2015, 195 países alcançaram um acordo histórico para conter o aquecimento global, que vinculou os países a reunirem esforços no sentido de conter as suas emissões, sendo que, de 5 em 5 anos, teriam de apresentar os resultados dos seus esforços². A ideia seria que, entre o ano de 2050 e o ano de 2100, se abandonassem os combustíveis fósseis³.

Pontos fulcrais deste Acordo entre os governos dos Estados membros foram o estabelecimento do objetivo de manter o aumento da temperatura média mundial bem abaixo dos 2°C em relação aos níveis pré-industriais e de reunir esforços para limitar o aumento a 1,5°C; a meta orçamental delineada (de 100 mil milhões de euros), até 2025, de ajuda aos países em desenvolvimento na implementação destas medidas; e, por fim, o fator temporal, que sugeria aos diversos países abandonarem os combustíveis fósseis o mais cedo possível, alcançando um saldo de emissões nulo⁴.

² Cfr. dados. Disponíveis em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>. Acesso em: 26 fev. 2020.

³ CONSELHO EUROPEU. Conselho da União Europeia. **Acordo de Paris sobre alterações climáticas**. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/climate-change/paris-agreement/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁴ CONSELHO EUROPEU. Conselho da União Europeia. **Acordo de Paris sobre alterações climáticas**. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/climate-change/paris-agreement/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

Foi neste seguimento que a ICAO, como responsável pela aviação civil internacional, ficou encarregado de formular medidas de limitação e redução dos gases com efeito de estufa provenientes deste setor de transporte⁵, medidas estas que deveriam ser implementadas até o ano 2028. No entanto, o que a ICAO parece ter formulado são uma espécie de metas aspiracionais mais centradas na eficiência e melhoramento dos compostos do combustível, do que propriamente na sua completa “transformação verde”.

A contrastar com o panorama internacional, nomeadamente com as medidas estabelecidas pela ICAO, surge a União Europeia (UE) com um conjunto de políticas e regulamentos mais assertivos e comprometedores no combate à poluição atmosférica proveniente da aviação civil, que se aplicam não só aos Estados membros desta, como também a Estados terceiros que estabeleçam relações com os primeiros, tornando-se verdadeiras obrigações a que todos se vinculam por meio de diversos Acordos.

1 As políticas da UE para uma aviação civil sustentável

A União Europeia é um operador crucial no que toca às emissões de gases com efeito de estufa (GEE), nomeadamente pelo seu papel de relevo no setor da aviação internacional, através da definição de uma política externa coerente, que permitiu que cessassem os efeitos ainda mais nefastos daquilo que era uma abordagem fragmentada no desenvolvimento da indústria do transporte aéreo.

A União, reunindo esforços em prol da coesão e estabelecimento de um mercado único, solicitou aos diferentes Estados membros que se abstivessem de assumir compromissos internacionais de quaisquer naturezas – no que ao domínio da aviação dissesse respeito, –

⁵ PROTOCOLO DE QUIOTO. À **Convenção Quadro Das Nações Unidas Sobre Alterações Climáticas**. Disponível em: http://www.ci.esapl.pt/jcms/EA/unfccc_QUIOTO_text_integr.htm#Artigo_2. Acesso em: 26 fev. 2020.

sem que verificassem *a priori* se estes compromissos seriam de facto compatíveis com o Direito da União⁶; daqui partiram, aliás, muitos dos julgamentos de Estados membros que não cumpriram devidamente as obrigações impostas pela UE no âmbito das políticas de céu aberto (*open skies policy*), negociando acordos mais restritivos e desrespeitando as imposições da UE relativas ao transporte aéreo de passageiros⁷.

O Mecanismo de Informação sobre Transportes e Meio Ambiente (TERM)⁸ através do qual a Agência Europeia do Ambiente (AEA) acompanha o desempenho ambiental dos transportes na Europa, é essencial neste combate à poluição atmosférica, pois contém vários indicadores que rastreiam a sua evolução nos diferentes Estados - Membros da EU, tendo-se extraído do mesmo, que, apesar dos esforços, as emissões de GEE originárias da aviação internacional mais que dobraram desde 1990 até ao final do ano de 2018⁹.

O cerne do problema reside precisamente aqui: é que à medida que outras fontes de GEE diminuem ao longo dos anos, as emissões da aviação não, sendo cada vez mais significativas. Os dados acabam por demonstrar que, de facto, o trabalho que tem vindo a ser desenvolvido

⁶ **Comunicação da Comissão sobre as consequências dos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**, de 5 de Novembro de 2002, para a política europeia de transporte aéreo. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0649&from=ga>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁷ **Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.07.2005**, proferido no processo *C-433/03*. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0433&from=EN>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁸ Relatório de acompanhamento do progresso do setor de transportes da Europa em direção aos seus objetivos ambientais, de saúde e climáticos, **Monitoring progress of Europe's transport sector towards its environment, health and climate objectives**. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/themes/transport/term/monitoring-progress-of-europes-transport>. Acesso em: 26 fev. 2020.

⁹ Relatório de acompanhamento do progresso do setor de transportes da Europa em direção aos seus objetivos ambientais, de saúde e climáticos, **Monitoring progress of Europe's transport sector towards its environment, health and climate objectives**. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/themes/transport/term/monitoring-progress-of-europes-transport>. Acesso em: 26 fev. 2020.

para a redução das emissões tem tido resultados, todavia o crescente aumento da utilização dos aviões como meio de transporte tem sido um forte obstáculo, e as medidas que eram tidas como suficientes num ano, no seguinte já não o são.

Verifica-se por isso existirem dois polos distintos no combate à emissão de GEE. Por um lado, a consciência humana individual na utilização dos mesmos; e, por outro lado, a importância do trabalho global de um Estado como um todo, na implementação de medidas que se encontrem ao nível da proliferação deste meio de transporte.

Em consequência, a meta a longo prazo para o ano de 2050 exige uma redução nas emissões de GEE em mais de dois terços em comparação com os níveis de 2015, que se situavam na ordem dos 1048 milhões de toneladas de CO₂ libertado¹⁰, impondo a UE aos Estados membros uma alteração drástica de comportamentos, e monitorizando com maior eficácia as emissões produzidas por estes.

1.1 O quadro jurídico-ambiental da UE

O Tratado da União Europeia estabelece, entre muitas outras matérias, que a Europa deve tomar como prioritário o princípio do desenvolvimento sustentável, demonstrando a sua vontade e capacidade em atender às necessidades das gerações atuais, sem comprometer as gerações futuras, concentrando-se para isso na proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente. Em relação ao mundo, a UE em nome dos Estados-Membros, deverá atuar, igualmente, na procura e implementação de

¹⁰ Relatório de acompanhamento do progresso do setor de transportes da Europa em direção aos seus objetivos ambientais, de saúde e climáticos. Table1. Progress of the EU-28 in meeting selected transport goals. **Monitoring progress of Europe's transport sector towards its environment, health and climate objectives.** Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/themes/transport/term/monitoring-progress-of-europes-transport>. Acesso em: 26 fev. 2020.

políticas externas comuns que assegurem a sustentabilidade no desenvolvimento, e que visem preservar o ambiente¹¹.

Também o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das competências da UE, estipula que as medidas de proteção ambiental devem ser parte integrante da definição das suas ações, e tidas em conta na implementação das suas políticas¹², ao mesmo tempo que esta se compromete a preservar, proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente na própria União, e mesmo a nível internacional¹³. Claramente expressa, a política ambiental da UE encontra fundamento no princípio da precaução e na ação preventiva, deixando clara a convicção de que os danos ambientais devem, prioritariamente, ser corrigidos na fonte, não esquecendo nunca a lógica do poluidor-pagador¹⁴.

Na tentativa de desempenhar um papel de liderança na proteção do meio ambiente, a UE tem vindo a delinear e a melhorar a sua Estratégia de Desenvolvimento Sustentável (EDS)¹⁵, estabelecendo vários objetivos gerais e ações concretas no âmbito dos transportes sustentáveis; todavia, no intuito de acelerar e melhorar as sinergias, reduzindo as compensações, a UE acabou por propor uma abordagem integrada, com a construção de políticas tendo por base uma melhor

¹¹ **Tratado da União Europeia**, designadamente o n.º 3 do artigo 3.º. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹² **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, designadamente o artigo 11.º. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹³ **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, designadamente o n.º 1 do artigo 191.º.

¹⁴ **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**, designadamente o n.º 2 do artigo 191.º

¹⁵ Veja-se estratégia da Comissão Europeia, melhor explicitada em **Sustainable Development Strategy of UE**. Disponível em: https://ec.europa.eu/environment/sustainable-development/strategy/index_en.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

regulamentação –avaliações de impacto –¹⁶, e mais em sintonia com os princípios orientadores do desenvolvimento sustentável¹⁷.

Reconhecendo a UE que o crescimento económico e a proteção ambiental se devem apoiar mutuamente, foi sendo cada vez mais perceptível a importância de estabelecer um regime que reduzisse a intensidade de carbono procedente do desenvolvimento da economia, e que impedisse a interferência de grandes potências no sistema climático, surgindo a partir daí diversas normas relativas ao Comércio Europeu de Licenças de Emissões (CELE), que obrigava à participação dos Estados na compensação das suas emissões.

Numa primeira fase, a Diretiva 2003/87/CE emitida pela União Europeia, mais conhecida por Diretiva CELE, não incluía qualquer matéria relacionada com o setor dos transportes. Porém, em 2008, esta Diretiva foi alterada pela Diretiva 2008/101/CE, sendo incluído o setor da aviação, e possuindo por isso um carácter absolutamente inovatório neste contexto.

Foi assim, pela primeira vez, abrangido um sector de atividade dos transportes, não incluído no Protocolo de Quioto, sendo encarado de forma autónoma em termos de Licenças de Emissão, aplicando-se também a operadores no setor da aviação pertencentes a países terceiros à UE. O CELE, aplicado à aviação, teve início a 1 de janeiro de 2010, sendo que os dois primeiros anos foram apenas experimentais, não tendo os operadores procedido à devolução das licenças de emissão, passando, a partir de 1 de Janeiro de 2012¹⁸ a ter aplicação efetiva.

¹⁶ Regulamentação disponibilizada na página da UE, em especial: **Impact Assessments**. Disponível em: https://ec.europa.eu/smartregulation/roadmaps/index_en.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁷ **Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu**, Projeto de Declaração relativa aos Princípios Orientadores do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0218&from=EN>. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁸ Vejam-se as informações disponibilizadas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), acerca do Comércio Europeu de Licenças de Emissão (CELE). Disponível em: <https://apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=295>. Acesso em: 26 fev. 2020.

1.2 Entre o Protocolo de Quioto e a Diretiva 2008/101/CE

Tal como estabelecido nos Tratados da União Europeia, o compromisso da UE na proteção do ambiente é parte integrante dos seus regulamentos em matéria de transportes.

Já em 1999, a UE falava no comércio de emissões como uma possível medida útil para combater o impacto da aviação nas mudanças climáticas¹⁹. No Livro Branco da UE, de 2001, sobre a Política Europeia para o setor dos transportes, esta percepção evoluiu, e a Comissão Europeia procedeu à introdução de medidas para combater o ruído e as emissões de gases, demonstrando-se empenhada na descoberta de um equilíbrio entre o crescimento do transporte aéreo e a proteção do meio ambiente, e tentando a partir daqui, fazer jus à sua meta de sustentabilidade no tráfego aéreo²⁰.

Alguns meses após a entrada em vigor do Protocolo de Quioto, em 2005, a Comissão Europeia comunicou às restantes instituições e intervenientes europeus aquela que era a sua posição acerca da problemática da poluição atmosférica originária da aviação, estabelecendo uma base de debate acerca da internalização dos custos ambientais das emissões procedentes deste setor de transporte no âmbito do Regime Europeu de Comércio de Licenças de Emissão (RCLE-UE). Nesta comunicação²¹, a Comissão frisou a dificuldade económica com

¹⁹ **Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions**, Air Transport and the Environment, Towards meeting the Challenges of Sustainable Development, parágrafos 35 a 37. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/6090/1/6090.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

²⁰ CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 4. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

²¹ **Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões**, Reduzir o impacto da aviação nas

que se debatiam as companhias aéreas para conseguirem fazer frente aos preços do petróleo e combustível (os mais elevados de sempre na época). Perante este cenário de apelação da UE para a necessidade de lançar de imediato o debate acerca da temática do setor da aviação, e da poluição a este associado, era essencial iniciar uma revisão do RCLE-UE, programada para Junho de 2006, para que o tráfego aéreo passasse a estar abrangido pelas Diretivas Europeias. Também nesta comunicação, a UE esclareceu qual o tipo de gases libertados para a atmosfera provenientes do tráfego aéreo, anunciando uma série de medidas possíveis e necessárias para mitigar o choque climático da utilização deste setor de transporte²², nomeadamente: a necessidade de serem dedicadas mais investigações e pesquisas científicas e tecnológicas para a criação de um transporte aéreo mais limpo e menos poluente; e a urgência no melhoramento da gestão do tráfego aéreo, relacionado com a diminuição das filas para a descolagem, a utilização de trajetórias otimizadas e a diminuição do período de tempo de voo em que as aeronaves aguardavam autorização para aterrar.

A Comissão deixou, ainda, claro que o Comércio de Licenças de Emissão se tratava de uma componente essencial da estratégia da UE para as mudanças climáticas²³, e, como tal, seria, tanto a nível económico como ambiental, o caminho mais acertado para o combate na diminuição da poluição atmosférica, ajudando, em simultâneo, a promover o desenvolvimento de um verdadeiro mercado internacional do carbono, capaz

alterações climáticas, 2005, p. 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0459&from=PT>. Acesso em: 26 fev. 2020.

²² **Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões.** Reduzir o impacto da aviação nas alterações climáticas, 2005, p. 3-4. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0459&from=PT>. Acesso em: 26 fev. 2020.

²³ **Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões.** Reduzir o impacto da aviação nas alterações climáticas, 2005, p. 9. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0459&from=PT>. Acesso em: 26 fev. 2020.

de explorar o potencial de redução das emissões a nível planetário, e do qual a aviação não deveria nem poderia – pelo seu impacto – ficar excluída.

Ao longo do tempo, aquela que já era uma preocupação da UE tomou ainda maiores proporções, principalmente, face à inação da ICAO no combate às emissões da aviação, da qual era – supostamente – principal responsável. A União viu-se, assim, duplamente obrigada a agir, assumindo a liderança na discussão e regulamentação do tema, precisamente através da Diretiva 2008/101/CE, que incluía, finalmente, a aviação no RCLE-UE, e da Diretiva 2009/29/CE – que serviria para melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, – vinculando os Estados ao cumprimento escrupuloso dos limites e obrigações por estes impostos.

1.3 A Aviação no Comércio de Emissões da UE

A Diretiva 2008/101/CE serviu o propósito do combate às emissões provenientes do tráfego aéreo, e foi por isso a demonstração do forte compromisso da União na proteção do ambiente, e o reflexo da sua real preocupação neste domínio, em consonância com o objetivo último da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (CQNUAC)²⁴ de estabilizar as concentrações de GEE na atmosfera a um nível que evitasse “uma interferência antropogénica perigosa no sistema climático”²⁵. A ideia era, portanto, promover a redução das emissões de GEE em condições que oferecessem uma boa relação custo-eficácia, e fossem economicamente viáveis, através da contabilização de emissões e da obrigação de proceder à sua redução e compensação.

Neste sentido, os Estados-Membros deveriam garantir que todos os operadores de atividades constantes do Anexo I à Diretiva, possuíam um título emitido pela autoridade competente (licença de

²⁴ A CQNUAC foi aprovada em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 94/69/CE do Conselho.

²⁵ Artigo 2.º da CQNUAC.

emissão de CO₂), o qual certificaria a contabilização das emissões²⁶. A Diretiva determinava a aplicação do RCLE-EU a todos os voos que partissem ou aterrasssem num aeroporto situado no território de um Estado-Membro, gerando obrigações para estes e, indiretamente, para Estados não-membros da UE. Embora o impacto desta Diretiva fosse proporcionalmente maior nas transportadoras com sede num Estado membro da UE do que nas restantes, que não pertenciam à UE, não deixava de lhes impor obrigações as quais estes defendiam não estar adstritos, pelo que muitos foram os Estados que acabaram por recusar a adoção e aplicação do RCLE-UE²⁷.

A ICAO, na linha do que era sustentado por alguns Estados que se colocavam fora das asas do RCLE-UE, defendia que a implementação de um sistema de comércio de emissões a abranger a aviação só poderia ter por base um acordo mútuo entre os Estados, alegando ainda que a Diretiva estaria a ir bem mais além do seu âmbito de competência territorial, revelando-se uma espécie de ferramenta legal unilateral para os Estados, desconsiderando por completo as diferenças existentes entre aquilo que seria a chamada responsabilidade ambiental comum e as economias individuais dos Estados²⁸.

Tal como referido no considerando 17 desta Diretiva, caberia aos Estados membros reunir esforços para obter acordos globais de redução das emissões de GEE provenientes da aviação, encorajando

²⁶ GONÇALVES, Verônica Korber. A inclusão da aviação no esquema europeu de comércio de carbono. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. XVI, n.º 3, Jul./set. 2013, p. 85. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n3/v16n3a06.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁷ GONÇALVES, Verônica Korber. A inclusão da aviação no esquema europeu de comércio de carbono”, **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. XVI, n.º 3, Jul.-Set./2013, p. 90 - 93. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n3/v16n3a06.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁸ CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 6. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_expo_rting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

outros Estados a tomar medidas idênticas às da UE. O regime comunitário serviria assim de modelo à utilização do comércio de emissões em todo o mundo²⁹, incentivando a interação entre regimes de comércio de emissões, e sendo, portanto, a diretriz para a criação de um acordo internacional – com alcance global, – o que gerou, precisamente, questões acerca da interferência não consensual da UE nas ações e políticas definidas por cada Estado para si mesmo³⁰.

Extremamente importantes foram, ainda, as sanções impostas pela Diretiva; estabelecia o n.º 5 do artigo 16.º, que o não cumprimento dos requisitos da Diretiva por parte de um operador na atividade da aviação poderia levar um Estado membro a solicitar à Comissão a imposição de uma proibição de operar, caso outras medidas não conseguissem assegurar o seu cumprimento³¹.

Pelas suas características, a Diretiva foi, por diversas vezes, alvo de acesas críticas e processos judiciais no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Um caso muito conhecido foi o da *Air Transport Association of America* (ATA)³². No dia 16 de dezembro de 2009 foi proposta uma ação pela *ATA* e pelas companhias

²⁹ **Diretiva 2008/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Novembro de 2008 que altera a Diretiva 2003/87/CE de modo a incluir as atividades da aviação no regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade.** p. 3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0101&from=PT>. Acesso em: 27 fev. 2020.

³⁰ CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 7. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

³¹ CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 11. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

³² **Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.12.2011**, proferido no processo C-366/10. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=121D7BB8ACF101A8D1195B0C839D3AC9?text=&docid=117193&pageIndex=0&doclan g=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5836188>. Acesso em: 27 fev. 2020.

aéreas *American Airlines Inc.*, *Continental Airlines Inc.* e *United Airlines Inc.*, perante o Supremo Tribunal da Inglaterra e País de Gales, tendo sido demandado o Secretário de Estado para a Energia e Mudanças Climáticas do Reino Unido, enquanto autoridade responsável pela aplicação da Diretiva 2008/101/CE³³. Nesta ação, os Autores alegavam que a inclusão da aviação internacional, e da aviação transatlântica, em particular, no RCLE-UE violava princípios de Direito Internacional e Acordos Internacionais; afirmavam, nomeadamente, que as obrigações impostas aos operadores económicos iam contra o EU-USA *Open Sky Agreement*³⁴ e contra o estabelecido tanto no Protocolo de Quioto como na Convenção de Chicago, finalizando com o argumento de que a definição de uma solução adequada para o combate ao aquecimento global não poderia traduzir-se numa imposição para os Estados, devendo traduzir sim o resultado de uma discussão séria e de um verdadeiro consenso entre todos.

O TJUE acabou por considerar que a Diretiva em causa não continha qualquer ilegalidade, sendo consistente e coerente com as disposições constantes da Convenção de Chicago; contudo, e apesar de uma decisão favorável a que se mantivesse em vigor esta Diretiva, e da franca importância que tinha a abrangência desta ao setor de transporte da Aviação, a oposição internacional e a pressão política foram pesadas o suficiente para que a União Europeia se visse obrigada a suspender temporariamente (até 2016) a aplicação do RCLE-UE a voos com origem ou destino em países europeus.

Em outubro de 2016, no decorrer de uma Assembleia da ICAO com vista a regular este tema, foi alcançado um acordo histórico, que definiu

³³ **Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.12.2011**, proferido no processo C-366/10. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=121D7BB8ACF101A8D1195B0C839D3AC9?text=&docid=117193&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5836188>. Acesso em: 27 fev. 2020.

³⁴ **EU-US, Aviation Relations - International aviation: United States**. Disponível em: https://ec.europa.eu/transport/modes/international-aviation-united-states_en. Acesso em: 27 fev. 2020.

a estratégia para a implementação de medidas baseadas na existência de um mercado global a partir do ano de 2021, tendo em vista a regulamentação das emissões de carbono no setor da aviação internacional (fora do Espaço Económico Europeu - EEE). Esta regulamentação será realizada através de um sistema de compensação, o CORSIA (Regime de Compensação e Redução das Emissões de Carbono para a Aviação Internacional), que visa estabilizar as emissões de CO₂ até 2020, obrigando a que os operadores económicos deste setor de atividade compensem um possível aumento das suas emissões após o ano de 2020.

Este regime será aplicado no período entre 2021 e 2035, sendo composto por diferentes fases. Uma fase piloto, de 2021 a 2026, em regime voluntário para cada Estado, sendo de salientar que Portugal e os restantes Estados membros da União Europeia optaram por integrar o regime CORSIA logo nesta fase; e uma segunda fase, de 2027 a 2035, já obrigatória³⁵. Nesta segunda fase, a ICAO informará os Estados que têm de participar no CORSIA num dado ano, de acordo com a sua *Revenue Tonne Kilometre* (RTK)³⁶ em 2018, se esta for superior a 0.5% do total de RTK, e consoante tenham uma emissão acumulada cuja quantidade de RTKs atinja 90% do total de RTKs, à exceção dos países em desenvolvimento e pequenos Estados insulares – a menos que estes se voluntariem para participar nesta fase.³⁷ Com a participação de todos os

³⁵ Vejam-se as informações disponibilizadas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), no separador intitulado **Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)**. Disponível em: <https://apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=1594>. Acesso em: 27 fev. 2020.

³⁶ A expressão *Revenue Tonne Kilometre*, refere-se ao volume de Toneladas Quilómetros Transportado, ou seja, a soma do produto entre a distância percorrida e os objetos transportados (em Kg), incluindo carga, correio, passageiro e bagagem, dividido por 1.000, sendo que cada passageiro possui um peso aproximado de 75 kg.

³⁷ Vejam-se as informações disponibilizadas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), no separador intitulado **Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)**. Disponível em: <https://apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=1594>. Acesso em: 27 fev. 2020.

países da União Europeia, estima-se que este esquema venha a compensar cerca de 80% das emissões acima dos níveis de 2020.

No âmbito deste Regime, os operadores económicos no setor da Aviação, sediados em Estados que aderiram ao CORSIA terão de cumprir as seguintes obrigações: monitorizar as emissões de CO₂ em todas as rotas internacionais e compensar as emissões das rotas abrangidas pelo Regime CORSIA através da compra de unidades de emissão.

O CORSIA abrangerá emissões anuais de CO₂, respeitantes a voos internacionais, superiores a 10.000 toneladas³⁸. São considerados voos internacionais todos aqueles que partam de um aeroporto situado num Estado do Espaço Económico Europeu (EEE) e aterrem num aeroporto de um Estado fora do EEE, desde que este último tenha aderido ao Regime CORSIA³⁹; os que partam e aterrem em Estados do Espaço Económico Europeu⁴⁰; e, por fim, voos que partam e aterrem em Estados fora do EEE, desde que ambos os Estados tenham aderido ao Regime CORSIA⁴¹. Fora deste panorama ficam todos os voos respeitantes a ações humanitárias, ações de emergência médica e ações de combate a incêndios⁴².

Os novos operadores que surjam após 2021 ficarão isentos, por três anos, de aplicar o CORSIA, pelo menos até as suas emissões anuais de CO₂ excederem 0.1% do total das emissões de CO₂ de 2020⁴³. Assim, até 28 de fevereiro de 2019, os operadores deveriam submeter à Autoridade

³⁸ Partindo do pressuposto que estes voos são efetuados em aeronaves com uma massa máxima à decolagem superior a 5700 Kg.

³⁹ Um exemplo poderia ser Lisboa – Cidade do México.

⁴⁰ Um exemplo poderia ser Lisboa – Madrid.

⁴¹ Um exemplo poderia ser Vancouver – Tóquio

⁴² Vejam-se as informações disponibilizadas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), no separador intitulado **Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)**. Disponível em: <https://apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=1594>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴³ Vejam-se as informações disponibilizadas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), no separador intitulado **Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)**. Disponível em: <https://apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=1594>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Competente, o Plano de Monitorização de Emissões Anuais (PMEA) atualizado⁴⁴. A partir de 1º janeiro até 31 de dezembro de 2020, os operadores terão de monitorizar todas as emissões de CO₂ dos seus voos internacionais e submeter os seus Relatórios de emissões anuais à Autoridade competente. Quanto às compensações das emissões de CO₂, os operadores partindo da monitorização realizada nos anos de 2019 e 2020, calcularão a média da totalidade das emissões nesses anos, que será usada como base de comparação com as emissões futuras. Neste sentido, em qualquer ano a partir de 2021, quando as emissões de CO₂, provenientes da aviação internacional, e abrangidas pelo CORSIA, excederem a média das emissões do período de referência (entre 2019 e 2020, portanto), a diferença obtida corresponderá à compensação que os operadores terão de efetuar sobre as suas emissões, cabendo aos Estados onde estão sediados informá-los acerca da média das emissões totais de CO₂ por si emitidas. Com vista à implementação do CORSIA⁴⁵ foram desenvolvidas pela ICAO, para os

⁴⁴ Através do formulário constante do Plano de Monitorização de Emissões Anuais (PMEA), aprovado pela Comissão Europeia, o qual integra ambos os regimes CELE e CORSIA, de acordo com o Procedimento para Submissão do Plano de Monitorização de Emissões Anuais CORSIA, **Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation**, -PMEA-CORSIA. Disponível em: <https://apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=1598&sub2ref=1600>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴⁵ Conjugado com o Regime CORSIA, os Estados membros deverão ainda ter em atenção as disposições do Regulamento (UE) 2017/2392 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13.12.2017 que altera a Diretiva 2003/87/CE a fim de manter as atuais limitações ao âmbito de aplicação às atividades da aviação e de preparar a aplicação de uma medida baseada no mercado global a partir de 2021; o Regulamento de Execução (UE) 2018/2066 da Comissão de 19.12.2018 relativo à monitorização e comunicação de informações relativas às emissões de gases com efeito de estufa nos termos da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho; e o Regulamento delegado (UE) 2019/1603 da Comissão de 18.07.2019 que complementa a Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito às medidas adotadas pela ICAO para a monitorização, a comunicação e a verificação das emissões da aviação para efeitos da aplicação de uma medida baseada no mercado global.

diferentes Estados, um conjunto de medidas e recomendações – as *Standards and Recommended Practices* (SARPs)⁴⁶.

2 Os acordos de tráfego aéreo

Para além das medidas ambientais que a União foi implementando a nível interno no âmbito do tráfego aéreo, foram também realizados vários acordos com países terceiros que abrangiam este setor de transporte. Muitas das disposições e normas destes acordos enfatizavam, precisamente, o entusiasmo e dedicação da UE em exportar para os Estados não membros aqueles que eram os seus valores ambientais basilares, que teriam como inspiração primeira a Convenção de Chicago, de 1944⁴⁷, que estabeleceu as bases através das quais os Estados poderiam ou não conceder o acesso comercial aéreo, através de acordos neste setor, pois cada Estado membro era soberano⁴⁸ relativamente ao espaço aéreo que cobria o seu território, podendo existir até zonas interditas de tráfego, por razões militares ou de segurança pública delineadas pelo próprio Estado⁴⁹.

A Convenção frisava, ainda, a existência de legislação própria de cada Estado Contratante⁵⁰, relativa à entrada e saída de aviões do seu

⁴⁶ Veja-se a apresentação utilizada num seminário da ICAO com a visão geral do pacote CORSIA. Disponível em: https://www.icao.int/Meetings/RS2018/Documents/1_2_Overview_CORSIA_Package.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴⁷ CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 7. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴⁸ Artigo 1.º da Convenção de Chicago. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dl36158.pdf>. “Exporting Environmental Values through Open Skies”, **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 11. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴⁹ Artigo 9.º da Convenção de Chicago.

⁵⁰ Artigo 11.º da Convenção de Chicago.

território, convencionando que independentemente da sua nacionalidade, as normas internas de cada Estado contratante relativas a esta matéria aplicavam-se a todos os restantes Estados contratantes, transmitindo bem a tal ideia de soberania individual dos Estados, no que ao seu domínio aéreo respeitava, e a qual foi aliás mais tarde reclamada, como se expôs, aquando da emissão da Diretiva 2008/101/CE.

Fixou-se, igualmente, no texto da Convenção, que qualquer Estado que pretendesse sobrevoar o território de um Estado Contratante da Convenção teria de obter uma licença para tal, que só seria atribuída perante a verificação do cumprimento de determinados requisitos e normas técnicas – condicionante que acabava assim por pressionar os Estados na adoção de várias medidas, entre elas medidas ambientais, no intuito de tornar mais seguro e ordenado o espaço aéreo de cada um, e que, indiretamente, acabavam por compatibilizar e unificar as políticas, criando o tão desejado espaço aéreo internacional regulado de modo uniforme.

2.1 O Mercado Único

O aumento exponencial do tráfego aéreo deveu-se, em grande medida, à liberalização do setor, nomeadamente com a implementação de políticas de céu aberto. No seio da União Europeia fizeram-se convergir todos os Estados Membros e os seus correspondentes mercados individuais, de modo a criar um mercado único de aviação, que abrangia, portanto, toda a União Europeia⁵¹.

⁵¹ Comunicado de Imprensa de 5 de Novembro de 2002, sobre os Acordos de «céu aberto»: Comissão regozija-se com Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_02_1609. Acesso em: 27 fev. 2020.

Formaram-se assim as *Community Air Carriers*⁵², que estabeleciam direitos e obrigações de acesso iguais em todo o mercado interno da UE, tanto ao nível da segurança como a nível ambiental. Nesta linha, e uma vez que a União promulgava medidas direcionadas ao mercado único, que incidiam em especial no setor do tráfego aéreo, o TJUE acabou por concluir que a União, nas suas relações externas, mantinha igualmente a competência exclusiva para agir em nome dos Estados-Membros na celebração de acordos com terceiros – os *Open Skies Agreements*, – relativos a este domínio⁵³. Todavia, até este momento, já tinham sido celebrados vários acordos bilaterais relativos à circulação aérea entre Estados, o que obrigava a UE a enquadrá-los tendo presente as suas políticas. Para tal, a Comissão comprometeu-se a prosseguir acordos horizontais com Estados terceiros, sendo que o cerne destes acordos consistia não só na liberalização do mercado da aviação, mas principalmente na promoção de uma aviação sustentável, sublinhando ainda, a Comissão, a importância de melhor contrariar os efeitos negativos que o crescimento do setor da aviação tinha no ambiente, nomeadamente em termos de alterações climáticas, preocupação que se encontra até hoje plasmada nos seus relatórios ambientais⁵⁴.

⁵² **Evaluation of Regulation (EC) No 2111/2005 on the establishment of a Community list of air carriers subject to an operating ban in the Community Executive Summary**. Disponível em: <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/dc2d84a5-6fa8-11e9-9f05-01aa75ed71a1>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁵³ MAYOR, Karen; TOL, Richard S. J. The impact of the EU-US open skies agreement on international travel and carbon dioxide emissions”, **Working Paper of The Economic and Social Research Institute (ESRI)**, n.º 191, 2007. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/68039/1/529822407.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

⁵⁴ Veja-se, a título de exemplo, **The European Aviation Environmental Report 2016**. p. 67 e ss. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/european-aviation-environmental-report-2016-72dpi.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020. E também: **The European Aviation Environmental Report 2019**. p. 11. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2019-aviation-environmental-report.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

2.2 As Políticas Externas de Aviação da UE

A conclusão de um acordo relativo ao transporte aéreo com os Estados Unidos⁵⁵ foi o culminar de intensas negociações entre os dois maiores mercados no setor da aviação, abrindo caminho para um novo quadro regulamentar com o intuito de fazer frente a toda a problemática subjacente à aviação civil internacional.

A primeira etapa deste Acordo foi assinada a 30 de abril de 2007, e entrou em vigor a 30 de março de 2008. Este acordo previa, em especial, uma maior abertura ao tráfego aéreo, removendo as restrições às tarifas de ambos os lados do Atlântico; e, em termos gerais, visava criar uma maior harmonização e compatibilidade entre as políticas dos Estados membros da União Europeia e os Estados Unidos da América. Estabelecia o n.º 4 do artigo 3.º do Acordo, que nenhuma Parte poderia limitar, unilateralmente, o volume de tráfego, a frequência ou regularidade do serviço, ou os tipos de aeronaves utilizadas pelas companhias aéreas da outra parte, sendo a única exceção baseada em razões técnicas, operacionais ou ambientais⁵⁶; o seu artigo 15.º, refletia as posições das Partes face às questões relacionadas com o meio ambiente⁵⁷, reconhecendo ambas a importância de o proteger e de proteger os direitos da outra Parte⁵⁸, seguindo-se os padrões adotados pela ICAO⁵⁹.

⁵⁵ **Air Transport Agreement EU-USA**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/114872.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁵⁶ Artigo 3.º **Air Transport Agreement EU-USA**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/114872.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁵⁷ Artigo 15.º **Air Transport Agreement EU-USA**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/114872.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁵⁸ N.º 2 do artigo 15.º **Air Transport Agreement EU-USA**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/114872.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁵⁹ N.º 3 do artigo 15.º **Air Transport Agreement EU-USA**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/114872.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

No entanto, a implementação do RCLE-EU acabou por mudar o rumo da dinâmica do sistema, o que motivou um protocolo⁶⁰ de alteração do Acordo UE-EUA. Este protocolo, com as alterações ao Acordo original, foi assinado a 25 de Março de 2010, dando início à segunda fase deste, e espelhava as diversas oportunidades de acesso ao mercado e um conjunto de regulamentação mais severa, com reflexos na área da segurança e do impacto ambiental da aviação. A esta alteração seguiram-se divergências graves entre as Partes, relativas à aplicação do RCLE-UE a todos os voos que partiam e aterravam na UE, o que acabou por desencadear uma completa desarmonia e incoerência no que respeitava às provisões ambientais definidas; a União e os EUA acabariam, assim, por assinar uma declaração em que assumiam essa incompatibilidade, comunicando que ambos enfrentariam o impacto ambiental da aviação de forma individual, através de programas de ação delineados pela ICAO⁶¹. Contudo, este protocolo salientou igualmente a importância do chamado «*balanced approach principle*»⁶², que serviria para, independentemente desta declaração de incompatibilidade das Partes face às questões ambientais, garantir que a atuação de cada uma se movimentaria dentro daquilo que poderia ser o mínimo razoável de exigência de conduta de uma para com a outra Parte, o que se traduziria sempre em ações ambiental e economicamente responsáveis⁶³. As Partes acordaram, ainda, nesta declaração que continuariam uma cooperação ao nível da investigação e criação de tecnologia verde para a aviação, da

⁶⁰ Veja-se o texto do **Memorandum of Consultations**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/139411.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶¹ **Joint Statement on Environmental Cooperation**. Disponível em: https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/air/international_aviation/cou_ntry_index/doc/2010_03_25_joint_state_env_attach_c.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020. - que faz parte integrante do *Memorandum* mencionado na nota supra (62).

⁶² CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, VIII, 2016, p. 12. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶³ Por exemplo, no que dizia respeito ao ruído produzido pelos aviões.

realização estudos científicos acerca dos impactos do tráfego aéreo, da sua gestão, e da troca de informações acerca do mesmo e da sua sustentabilidade⁶⁴.

Mais tarde, a 17 de Dezembro de 2019, a UE celebrou novo acordo de transporte aéreo, desta vez com o Canadá⁶⁵. De salientar, em primeiro lugar, que o mesmo não limita, tal como estabelecido no Acordo UE-EUA, a frequência e a capacidade dos serviços aéreos de qualquer das Partes. Já, o artigo 15.º deste Acordo, acerca da gestão do tráfego aéreo, refere⁶⁶, entre as matérias de cooperação das Partes, a importância de proceder à redução do impacto ambiental da aviação, compromisso que tinha já sido mencionado nos seus considerandos. Por sua vez, no artigo 18.º, o Acordo trata especificamente da matéria do Ambiente, reiterando a importância de as Partes protegerem o meio ambiente no desenvolvimento e implementação de uma política internacional de aviação⁶⁷.

Além disso, de acordo com âmbito da jurisdição soberana de cada Estado, estabelece-se, ainda, que a Parte tem o direito de adotar e aplicar as medidas que entender mais adequadas para fazer face aos impactos ambientais do transporte aéreo, dispondo que quando uma Parte apreciar propostas relativas a determinadas medidas ambientais, deverá, em simultâneo, avaliar as eventuais repercussões negativas dessas medidas, reunindo esforços para as reduzir; reconheceu-se, igualmente, que quaisquer dessas medidas ambientais respeitariam os

⁶⁴ Veja-se o texto do **Memorandum of Consultations**. p. 10-11. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/139411.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶⁵ Acordo de transporte aéreo entre o Canadá e a Comunidade Europeia e os seus Estados Membros. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/01/00900/0009100108.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶⁶ Cfr. artigo 15.º do Acordo de transporte aéreo entre o Canadá e a Comunidade Europeia e os seus Estados- Membros. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/01/00900/0009100108.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶⁷ Cfr. n.º 1 do artigo 18.º do Acordo de transporte aéreo entre o Canadá e a Comunidade Europeia e os seus Estados- Membros. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/01/00900/0009100108.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

padrões aplicáveis ao setor da aviação adotados pela ICAO⁶⁸. Por fim, ficou assente que as Partes, tal como no Acordo celebrado com os EUA, tudo fariam no sentido de realizar consultas recíprocas sobre quaisquer matérias relacionadas com o ambiente, de modo a adotar, na medida do possível, abordagens compatíveis⁶⁹.

Em Abril de 2019, a Decisão (UE) 2019/702 do Conselho⁷⁰, relativa à celebração, em nome da União, do Acordo de Transporte Aéreo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e o Canadá, por outro, veio formalmente expressar o consentimento da União em ficar vinculada ao mesmo, tendo o Acordo entrado em vigor no passado dia 16 de Maio de 2019, conforme informação publicada no Jornal Oficial da UE⁷¹.

Outro Acordo de Transporte Aéreo assinado pela UE, a 10 de Junho de 2013, foi com o Estado de Israel; este Acordo, incluía, no seu artigo 16.^{o72}, disposições semelhantes às estabelecidas no Acordo com o Canadá nas matérias relativas ao ambiente. Ao longo das negociações do mesmo, a Comissão realçou repetidamente a necessidade de incorporar

⁶⁸ Cfr. n.º 3 do artigo 18.º do Acordo de transporte aéreo entre o Canadá e a Comunidade Europeia e os seus Estados- Membros. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/01/00900/0009100108.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶⁹ N.º 6 do artigo 18.º Acordo de transporte aéreo entre o Canadá e a Comunidade Europeia e os seus Estados Membros. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2012/01/00900/0009100108.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁷⁰ Decisão (UE) 2019/702 do Conselho de 15 de abril de 2019 relativa à celebração, em nome da União, do Acordo de Transporte Aéreo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e o Canadá, por outro. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019D0702&from=PT>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁷¹ Informação relativa à entrada em vigor do Acordo de Transporte Aéreo entre o Canadá e a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019X0704\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019X0704(01)&from=EN). Acesso em: 27 fev. 2020.

⁷² Acordo de transporte aéreo entre o Estado de Israel e a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, em especial o artigo 16.º. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0689:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 27 fev. 2020.

o desenvolvimento sustentável em qualquer acordo de aviação, ficando estabelecida a necessidade de ter em atenção distinta regulamentação sobre a matéria, nomeadamente, a Diretiva 2002/30/CE relativa ao estabelecimento de regras e procedimentos para a introdução de restrições de operação (relacionadas com o ruído nos aeroportos comunitários), a Diretiva 2006/93/CE relativa à regulação da exploração dos aviões que dependem do anexo 16 da Convenção de Chicago, e as indicações deixadas pela ICAO⁷³.

Considerações finais

O impacto do tráfego aéreo representa cerca de 2,5% (dois, cinco por cento) das emissões globais de dióxido de carbono. Este setor de transporte é o mais difícil de estudar e avaliar, pois engloba tanto a dimensão horizontal como vertical, todavia, a UE elabora anualmente relatórios respeitantes à densidade do tráfego aéreo e às emissões de CO₂ por este geradas, sendo este trabalho essencial no combate às alterações climáticas.

Numa primeira fase, e para lá da sua ação regulatória e da imposição de políticas protetoras do ambiente, muitos têm sido os estudos e pesquisas realizados pela UE, em conjunto com investigadores e organizações especialistas na área, para a compreensão da dimensão do problema e da possível solução do mesmo. Esses estudos, interseção de dados e relatórios estão à disposição dos cidadãos, e esclarecem questões relacionadas com: saúde pública e impacto da poluição atmosférica (estima-se que morram prematuramente a cada ano 5000 (cinco mil) pessoas, residentes a 20km de um aeroporto, devido à exposição contínua a emissões)⁷⁴; informações relacionadas com os tipos de gases libertados

⁷³ **Global Air Traffic Management Operational Concept**. Disponível em: https://www.icao.int/Meetings/anconf12/Document%20Archive/9854_cons_en%5B1%5D.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁷⁴ HARRISON, Roy; MASIOL, Mauro; VARDOULAKIS, Sotiris. Civil aviation, air pollution and human health. **Environmental Research Letters**, volume X, n.º 4, 2015, p. 2.

durante o tráfego aéreo (entre os gases presentes nas emissões provenientes da aviação não consta apenas o dióxido de carbono, constam demais partículas extremamente poluentes); informações relativas às fases de consumo do combustível (25% do combustível de que se alimenta uma aeronave para prosseguir um determinado percurso é consumindo ainda ao nível do solo, no momento da descolagem, sendo aí libertados uma percentagem considerável de GEE); dados relativos ao percurso de uma aeronave e a poluição associada à sua estabilização no ar (durante as viagens de avião, quando este se encontra estável, o vapor de água libertado pelo motor cria nuvens geladas que, interagindo com outras partículas, têm um efeito de aquecimento extremo); entre outros.

Para lá desta procura e investigação, como se tentou demonstrar ao longo desta exposição, a UE tem vindo a trabalhar arduamente nas questões relacionadas com o clima, em especial, com a poluição procedente da aviação, tendo celebrado Acordos, no setor, com países terceiros, e feito um enorme esforço de sensibilização dos Estados membros, para que junto dos seus parceiros económicos e políticos instigassem pela criação e implementação de medidas ambientais adequadas.

No que respeita à sua tentativa de liderança do setor da aviação em termos internacionais, para que Estados não membros ficassem adstritos a obrigações provenientes de Diretivas da UE, esta não pode ser visto como um impulso falhado por parte da União, muito menos como uma derrota, pois foi esta iniciativa que permitiu que se alterassem os termos das negociações posteriores na ICAO sobre a temática, e foi este ruído que, de facto, despertou os cidadãos, e os faz, hoje em dia, conseguir impactar estruturas políticas e interesses económicos tidos como inabaláveis.

Saliente-se ainda que, apesar de a adesão formal por parte dos diferentes Estados a Convenções e Acordos no âmbito da Aviação ser de

facto o panorama prioritário para um combate eficaz contra a poluição aérea, dever-se-á ter em conta que a mera presença em fóruns internacionais de Estados com posições mais afastadas (ou movidas por interesses desviados daqueles que são os valores ambientais basilares da UE) é algo a valorizar; é certo que existe, de facto, uma distância entre consensualidade de resposta e apoio à sua implementação, todavia o primeiro é condição do segundo. Desta forma, a promoção de debates e espaços de discussão sobre a temática, enquanto aposta clara da UE, é sem margem para dúvidas algo crucial para o funcionamento de uma política sustentável no setor do tráfego aéreo.

No que respeita aos limites do RCLE-UE, e às críticas respeitantes à distância entre poluição e poluidor, este é um sistema que parece transformar os emissores intensivos de GEE em jogadores que estão a competir num torneio no intuito de ver quem consegue adotar determinadas ações com o melhor custo-benefício... De facto, isto acaba por inverter um pouco a lógica natural do tema, distanciando-se a causa da consequência, diluindo-se assim a responsabilidade social e ambiental no campo da economia e da prosperidade. Porém, creio que algo deverá ser elogiado: o RCLE-EU é a principal política climática em andamento; foi o primeiro sistema do género a ser criado, reunindo 10 Estados com realidades completamente distintas à altura, tendo sido um ator crucial na disseminação da necessidade de agir no combate às mudanças climáticas. Mais: face aos acontecimentos de hoje, crê-se que esta manutenção, por parte da UE, de práticas ambientais baseadas no incentivo à diminuição gradual dos impactos poluidores produzidos pelos operadores económicos, é algo fundamental; a União, liderando a temática da poluição ambiental, não poderá agir de outra forma que não aquela como tem vindo a agir, pois, apesar de este ser um processo gradual e não imediato, com uma reunião de esforço para a diminuição sucessiva de emissões por parte dos diferentes Estados, este processo tem fim – e o fim são prazos, que incumpridos geram sanções.

Aquela que era há uns anos, uma resistência irremediável por parte dos principais atores envolvidos na temática em termos globais, já sofreu evoluções. Independentemente de determinados Estados abandonarem o Protocolo de Quioto, de outros abandonarem a União Europeia, há que de facto valorizar o trabalho da União em termos ambientais no que à aviação respeita. É que independentemente destes “abandonos”, existe verdadeiramente uma consciencialização e uma preocupação que já não são apenas promocionais, mas que se traduzem em ações concretas, em normas jurídicas, em inutilização de combustíveis fósseis, na aplicação de medidas compensatórias significativas; criaram-se estruturas, hoje, ao nível de uma realidade “verde”. A título de exemplo, em especial, na aviação, já muitas foram as companhias aéreas que adotaram comportamentos ecológicos nos seus procedimentos de cabine e refeições, que procedem, por exemplo, por cada voo que realizam, à plantação de árvores em vastos hectares de terrenos⁷⁵, sendo tudo isto rotina, e não apenas notícia. Outras companhias têm contribuído para o trabalho da start-up de *Seattle, Wright Electric*, no desenvolvimento de um avião elétrico⁷⁶ com capacidade para realizar voos inferiores a 500 kms – distâncias compatíveis com muitas daquelas que as companhias *low cost* realizam.

Regressando ao tema do ponto de vista jurídico, a iniciativa da UE em incluir o setor da aviação nas suas Diretivas e Políticas, e a sua tentativa de contágio e aplicação destas últimas a Estados terceiros é de

⁷⁵ Veja-se aqui o desenvolvimento da temática, e as especificações acerca da atuação da companhia aérea *low cost EasyJet*. Disponível em: https://www.easyjet.com/pt/sustentabilidade?utm_source=EasyJet_Newsletter_SUS_191119_PT_PT&utm_medium=email&utm_campaign=EasyJet_Newsletter_SUS_191119_PT_PT. Acesso em: 23 fev. 2020.

⁷⁶ Veja-se aqui o desenvolvimento da temática, e as especificações acerca dos desenvolvimentos desta *start up*. Disponível em: <https://www.wattson.pt/2020/02/05/aviao-eletrico-comercial-com-186-lugares-comeca-a-ser-desenvolvido/> e em <https://www.ambitur.pt/easyjet-torna-se-a-primeira-companhia-aerea-do-mundo-a-realizar-voos-com-um-impacto-liquido-de-emissoes-de-carbono-zero/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

louvar – mais ainda pela vertente inovatória de se incluir pela primeira vez numa estratégia doméstica, e internacional, medidas de controlo limitadoras das emissões de carbono.

As ações da União Europeia em relação à poluição proveniente do tráfego aéreo representaram e representam tentativas, bem-sucedidas, de agir num contexto internacional em que não há muitos dispostos a fazê-lo, pelo que é de aplaudir a sua atuação no setor da aviação.

Referências

CHEN, Kuan-Wei. Exporting Environmental Values through Open Skies. **Occasional Paper Series of Centre For Research in Air and Space Law da McGill University**, 2016, v. VIII. Disponível em: https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/viii_exporting_environmental_values_through_open_skies_final.pdf. Acesso em: 27 fev. 2020.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. **European Aviation Environmental Report 2016**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/european-aviation-environmental-report-2016-72dpi.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2020.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. **European Aviation Environmental Report 2019**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2019-aviation-environmental-report.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2020.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. **Relatório de acompanhamento do progresso do setor de transportes da Europa em direção aos seus objetivos ambientais, de saúde e climáticos**. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/themes/transport/term/monitoring-progress-of-europes-transport>. Acesso em: 21 fev. 2020.

HARRISON, Roy; MASIOL, Mauro; VARDOULAKIS, Sotiris. Civil aviation, air pollution and human health. **Environmental Research Letters**, 2015, v. X, n.º 4. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/10/4/041001/pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

GONÇALVES, Verônica Korber. A inclusão da aviação no esquema europeu de comércio de carbono. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. XVI, n.º 3, jul./set. 2013, p. 83 - 98. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n3/v16n3a06.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MAYOR, Karen; TOL, Richard S. J. The impact of the EU-US open skies agreement on international travel and carbon dioxide emissions. **ESRI Working Paper, n.º 191, The Economic and Social Research Institute (ESRI)**, Dublin, 2007. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/68039/1/529822407.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça** (Segunda Secção), de 14 de Julho de 2005, **Proc. C-433/03**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0433&from=EN>. Acesso em: 23 fev. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça** (Grande Secção), de 21 de Dezembro de 2011, **Proc. C 366/10**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.isf?jsessionid=121D7BB8ACF101A8D1195B0C839D3AC9?text=&docid=117193&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5836188>. Acesso em: 23 fev. 2020.

A integração ambiental como agente da metamorfose do direito - enfoque no Direito da União Europeia

*Environmental integration as an agent for the metamorphosis of law
- Focus on European Union law*

Elsa Leitão*

Resumo: As alterações climáticas, aliadas à digitalização da economia e da sociedade, desafiam a maneira de pensar e praticar o Direito, reclamando novas formas de *governance*, regulação e intervenção pautadas pela cooperação dos Estados. Neste contexto, propomo-nos, por um lado, analisar a proteção do ambiente e, por outro, delimitar o quadro de referência para a proteção jurídica do ambiente no quadro do direito da União Europeia, trazendo à colação questões atinentes às interconexões entre a proteção jurídica do ambiente e a regulação das relações económicas no quadro do mercado interno, bem como o seu impacto no desenho jurídico-democrático europeu. A progressiva institucionalização de uma política ambiental e o correspondente desenvolvimento de uma tutela do ambiente, disseminadora de uma renovação, substantiva a integração ambiental como agente da metamorfose do Direito.

Palavras-chave: Alterações climáticas. Proteção do ambiente. Descarbonização. Pacto Ecológico Europeu. União Europeia.

Abstract: Climate change, combined with the digitalization of the economy and society, challenges the way of thinking and practicing law, demanding new forms of governance, regulation and intervention guided by the cooperation of States. In this context, we propose, at one hand, to analyze the protection of the environment and, at the other hand, to delimit the frame of reference for the legal protection of the environment within the framework of European Union law, bringing to light issues pertaining to the interconnections between protection of

* Mestre em Direito e Prática Jurídica, especialidade Direito da Concorrência e da Regulação, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

the environment and the regulation of economic relations within the framework of the internal market, as well as its impact on the European legal-democratic design. The progressive institutionalization of an environmental policy and the corresponding development of environmental protection, which disseminates renewal, substantiates environmental integration as an agent of the metamorphosis of Law.

Keywords: Climate change. Environmental protection. Decarbonisation. European Green Deal. European Union.

Introdução

Desde o início dos anos 70, com o despertar de uma *consciência ambiental*, até ao dealbar do novo milénio, a UE tem mostrado estar atenta às grandes transformações e aos impactos negativos provocados pelos padrões de produção e de consumo das sociedades atuais, procurando desenvolver uma abordagem e uma estratégia integrada que reflita essa realidade. Fidelizados definitivamente à fórmula do desenvolvimento sustentável, assim *rebatizada*¹ na Conferência do Rio de Janeiro de 1992, os signatários europeus responderam positivamente, dando cada vez mais enfoque a programas, medidas e ações que privilegiem o ambiente e a eficiência energética, ancorados num direito comunitário ambiental cada vez mais sólido e em franca progressão.

Apesar do seu curto tempo de existência, este novo direito ambiental (Europeu e nacional), ainda em construção, não pode continuar a ser percecionado como um ramo especializado do direito de

¹ A expressão “*desenvolvimento sustentável*” foi utilizada pela primeira vez em 1971 pela Primeira Ministra Norueguesa e Presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Gro Harlem Brundtland, que propôs que o desenvolvimento económico fosse assimilado à questão ambiental, o que levou mais tarde à criação do *Relatório Brundtland* (publicado em 1987), constituindo uma referência para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992 – Rio-92, onde o termo foi vastamente utilizado em diversos documentos, entre os quais a Agenda 21.

natureza técnica, mas como um novo direito de vocação Universal, apátrida por necessidade. Em virtude dos riscos globais, em particular das alterações climáticas, mas também da digitalização da economia e da sociedade, o Estado-Nação, é impelido a encontrar o seu lugar no mundo que se confronta com múltiplos riscos, no qual as fronteiras se tornaram líquidas e flexíveis, tendo de se (re)inventar e reequacionar, à luz de novos quadros de referência, novas coordenadas de ação, modificativas da forma de estar no mundo, de pensar sobre o mundo e de imaginar e praticar a política e o direito.

Neste contexto, propomo-nos, por um lado, ter por escopo de análise a proteção do ambiente e, por outro, delimitar o quadro de referência para a proteção jurídica do ambiente no quadro do direito da União Europeia. O objetivo é trazer à colação e propor para reflexão algumas questões atinentes às interconexões entre a proteção jurídica do ambiente e a regulação das relações económicas no quadro da conclusão do mercado interno, sempre em movimento quer com novas adesões quer com o BREXIT, bem como o seu impacto no desenho jurídico-democrático no contexto europeu, incluindo países terceiros.

1 A integração ambiental como agente da metamorfose do Direito

1.1 O *Earth Overshoot Day*

No início do mês de agosto de 2017 foi noticiado o *Earth Overshoot Day*, o Dia da Sobrecarga da Terra², cujos dados³ foram divulgados pela *Global Footprint Network*⁴, tendo tido o mérito de

² Informação disponível em: <http://www.overshootday.org/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

³ Informação disponível em: <http://www.footprintnetwork.org/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁴ Organização internacional sem fins lucrativos fundada em 2003, sediada no Estado da Califórnia, EUA, que se dedica ao desenvolvimento e à promoção de ferramentas de fomento do desenvolvimento sustentável.

sensibilizar a opinião pública para a dívida ambiental contraída e acumulada e a responsabilidade inerente que a todos incumbe para com o planeta.

Excedentário em 1961, o planeta Terra registou o primeiro défice no seu orçamento ambiental na década de 1970. Desde então, a galopante pegada ecológica que acompanha o crescimento demográfico e económico do planeta explica que o *Earth Overshoot Day* ocorra cada vez mais cedo: de 21 de dezembro em 1971 a 17 de novembro em 1976, de 31 de outubro em 1986 a 30 de setembro em 1999, de 26 de agosto em 2005 até 2 de agosto em 2017.

De acordo com os cálculos da *Global Footprint Network*, a Humanidade terá esgotado, a 2 de agosto de 2017, o orçamento ambiental de todo o ano de 2017. Apenas a protelação do *Earth Overshoot Day* de cerca de 4,5 dias por ano permitiria reequilibrar o orçamento ambiental antes de 2050, para o que são apontados dois grandes eixos de ação: a redução das emissões de gases com efeito de estufa e a redução dos desperdícios alimentares. Atualmente, uma média de 1,7 planeta Terra seria necessário para a satisfação das nossas necessidades e, a esse ritmo, dois planetas Terra serão necessários em 2030.

Desde 2 de agosto de 2017, o mundo deixou, de certa forma, de nos pertencer (pelo menos, inteiramente) ou nós de pertencer ao mundo, passamos a estar emprestados um ao outro – ideia próxima àquela famosamente ensaiada por Edith Brown Weiss de que as gerações presentes assumem o papel de fiduciários do mundo que recebem em seu benefício das gerações passadas e que devem deixar às gerações futuras sem comprometer a sua capacidade de satisfazerem as suas próprias necessidades⁵.

⁵ WEISS, Edith Brown. **In Fairness to Future Generations**: international law, common patrimony, and intergenerational equity. Transnational: United Nations University, 1989, parcialmente retomada em **In Fairness To Future Generations and Sustainable Development**. American University International Law Review, vol. 8, n.º 1, 1992. p. 19-20: “Sustainability requires that we look at the earth and its resources not only as an investment opportunity, but as a trust passed to us by our ancestors for our benefit, but also to be passed on to our descendants for their use”.

1.2 O risco climático global

Enquanto risco verdadeiramente global, as alterações climáticas são, sem grandes margens para dúvidas, “o problema de política pública mais difícil que a Humanidade alguma vez teve de enfrentar”⁶, reclamando soluções globais à sua imagem e complexas à sua semelhança. Com efeito, releva hoje mais do dado adquirido do que do facto a demonstrar que a natureza das alterações climáticas enquanto risco global não se compadece com soluções confinadas aos limites territoriais sob os quais assentam os Estados-Nação⁷.

Para além disso, em razão da complexa cadeia das causas e dos impactos físicos, sociais e económicos das alterações climáticas e das medidas tomadas em resposta às mesmas, ao que acresce a sua necessária apreensão numa escala espaço-temporal intra e intergeracional⁸, não existe nenhuma fórmula mágica para dar resposta ao risco climático global. Porque a era industrial se desenvolveu em economia baseada em combustíveis fósseis e outros processos agrícolas e industriais responsáveis pela emissão de gases com efeito de estufa para além da capacidade da sua absorção pela atmosfera, as alterações climáticas de origem antropogénica não só mobilizam todos os setores da economia, mas principalmente atingem o âmago da economia e, com ela, da

⁶ SACHS, Jeffrey D. **A Era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual Editora, 2017. p. 418.

⁷ Configurando o clima como “demanda transnacional” e a transnacionalidade como “critério político e jurídico de regulação das pautas de condutas dos Estados” para dar resposta à questão climática, CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós Copenhague 2009. **Sequência**, n. 60, p. 319 - 339, jul. 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/n/228835689_O_clima_como_necessidade_de_governanca_transnacional_reflexoes_pos-Copenhague_2009. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁸ WEISS, Edith Brown. Climate Change, Intergenerational Equity, and International Law. **Vermont Journal of Environmental Law**, v. 9, 2008. p. 615-627. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2637&context=facpub>. Acesso em: 17 jan. 2021.

sociedade moderna⁹ e das suas instituições fundamentais, dos seus modos de vida e padrões de produção e consumo.

Esta consciencialização da Humanidade convoca, assim, formas de mobilização até agora desconhecidas pois o risco climático global demanda respostas, especialmente no plano institucional, capazes de enfrentar os desafios globais de um mundo cada vez mais interdependente. É por isso que, no quadro de um “cosmopolitismo metodológico”, “[os] obstáculos (no âmbito nacional) metamorfoseiam-se em oportunidades (no âmbito cosmopolita)”¹⁰. Mas, se é de senso comum que o Estado-Nação não pode, sozinho, enfrentar os riscos globais, como são as alterações climáticas, tal não significa que a “Viragem Copernicana de um Estado-Nação para um Estado-Cosmopolita”, centrado no mundo e na Humanidade, não se processe sem atropelos, como o exemplifica o recuo dos EUA dos compromissos assumidos em Paris em 2015, em relação a um acordo histórico nas respostas globais às alterações climáticas.

2 O direito ambiental da União Europeia

2.1 A proteção integrada do ambiente

Enquanto instrumento de regulação social, o Direito tem por objeto regular (e pacificar) as relações da Pessoa em sociedade. Seja na ótica das demandas que, em cada tempo e lugar, a sociedade dirige ao Direito, seja na ótica das respostas que o Direito fornece àquelas demandas sociais, sociedade e Direito encontram-se em relação indissolúvel – o Direito é produto da vida humana em (cada) sociedade e participa (se bem que não em regime de monopólio) da estruturação e

⁹ Para mais desenvolvimentos, SACHS, Jeffrey D. **A Era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual, 2017. p. 417-472.

¹⁰ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 26.

manutenção de um sentido de ordem social – e de interconexão reflexiva – pois sociedade e Direito moldam-se reciprocamente.

Tem sido amplamente assinalado que a proteção jurídica do ambiente, ou seja, a assunção do ambiente como bem digno de proteção jurídica, não demanda apenas ou simplesmente a autonomização dogmática de um (novo) ramo do Direito – o Direito do Ambiente –, mas sim uma renovação dogmática do próprio Direito.

A propósito, em 1994, Diogo Freitas do Amaral chamou à atenção de que “[o] Direito do Ambiente não é mais um ramo especializado de natureza técnica, mas pressupõe toda uma nova filosofia que enforma a maneira de encarar o Direito”¹¹.

Isto explica-se por múltiplos fatores, amplamente explorados entre nós por Maria da Glória Garcia que, refletindo sobre o lugar do Direito como “resposta cultural possível” para a proteção do ambiente enquanto “problema humano de convivência no mundo de hoje”¹², realçou a necessidade de uma compreensão integrada do ambiente¹³, pois “a complexidade e a natureza holística dos fenómenos ambientais aliadas às consequências, previsíveis e imprevisíveis, da ação humana, comunitária, exige uma ação estadual cientificamente fundada, tecnicamente adequada, eticamente assente numa responsabilidade projetada no futuro, economicamente eficiente, politicamente legitimada e juridicamente realizada”¹⁴.

A propósito da necessária concretização jurídica da proteção integrada do ambiente, e dando continuidade à linguagem metafórica

¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do. Apresentação. In: **Direito do Ambiente**. Instituto Nacional de Administração, 1994. p. 17.

¹² GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 15.

¹³ Em **O lugar do Direito na protecção do ambiente**, Maria da Glória Garcia analisa sucessivamente o relevo da ecologia (p. 39-54), da técnica (p. 58-68), da ética (p. 71-141), da economia (p. 145-249), da política (p. 253-366) e, finalmente, do direito (p. 369-498) na proteção do ambiente.

¹⁴ GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 497.

aqui empregue, Maria da Glória Garcia lança mão do episódio do *cavalo de Tróia* para ilustrar que a regulamentação jurídica do ambiente, nas suas especificidades, atinge “uma dimensão tal que a ideia mesma de direito tende a subverter-se”¹⁵.

Neste contexto, a proteção do ambiente seria, porventura, agente (isto é, promotor, nuns casos, condicionante (quer positiva quer negativa), noutros, e inibidor, em alguns outros) da metamorfose do Direito, pois desafia a maneira de estar do Direito, o modo de pensar o Direito e de imaginar e praticar o Direito. Se a metamorfose do mundo proporciona uma transformação do Estado-Nação, reclamando novas formas de governação, regulação e intervenção pautadas pela cooperação dos Estados para enfrentar os riscos globais das sociedades contemporâneas, estas novas fórmulas refletir-se-ão no Direito que assim é criado e ao qual o Estado de Direito, por “perfeito de fabrico”, se encontra “domesticado”¹⁶.

Destarte, impõe-se não só refletir sobre *o que o jurídico faz para a proteção do ambiente* – as soluções aventadas pelo Direito para a tutela do ambiente –, mas cada vez mais sobre *o que a proteção do ambiente faz para o jurídico* – a medida em que a tutela do ambiente veicula uma renovação, porventura metamorfose, do Direito, esgueirando novidades no esquema de conceitos, institutos e instrumentos jurídicos para lhe dar resposta¹⁷. Trata-se de atentar não apenas na *regulamentação jurídica do ambiente*, mas também na *reconfiguração ambiental do jurídico*.

¹⁵ GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 11.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Coleção Cadernos Democráticos – Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 9. O Autor sugere que a fórmula mais adequada para acolher nas sociedades contemporâneas os princípios e valores do Estado subordinado ao direito é a do “Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado” (p. 7).

¹⁷ A propósito, SILVA, Vasco Pereira da. **Verde**. Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002. p. 48, salienta a dimensão laboratorial do Direito do Ambiente em relação ao Direito Administrativo geral, “obrigando à reavaliação e ao reequacionamento de conceitos tradicionais e à criação de noções e estruturas novas

2.2 A política ambiental europeia

A história da política ambiental europeia ilustra bem a medida em que a premência da proteção do ambiente propicia o aprofundamento de um processo, o da integração europeia, originariamente não formatado para esse fim: inicialmente ausente da letra dos Tratados constitutivos que, aquando da sua criação na década de 1950, não atribuíram às Comunidades Europeias competências para a proteção do ambiente, a política ambiental europeia transfigurou-se progressivamente em política omnipresente na atuação da União Europeia¹⁸.

Porque em múltiplos e variados aspetos o desenvolvimento socioeconómico e a proteção do ambiente se afetam ou, atrever-nos-íamos, se contaminam reciprocamente, o processo de integração europeia iniciado no respaldo e em resposta à “era da guerra total”¹⁹, não podia alhear-se ao “despertar da era ecológica” comumente datado em finais da década de 1960²⁰. Em especial, a integração dos mercados nacionais em vista da criação de um mercado comum, hoje interno, como “instrumento fundamental do projeto – eminentemente político – de integração europeia”²¹, não podia alhear-se ao metadiscurso, então em

para realidades novas.” A título de exemplo, pondo em prática tal condição laboratorial da proteção jurídica do ambiente em relação à figura do ato administrativo autorizativo, DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra, 2014.

¹⁸ Neste sentido, ARAGÃO, Alexandra. Ambiente. In: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 1087-1129.

¹⁹ Por referência a HOBBSAWM, E. **Age of Extremes – The Short Twentieth Century 1914-1991**. Londres: Abacus, 1994. p. 21-53.

²⁰ GOMES, Carla Amado. **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2012. p. 15-17.

²¹ FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. In: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 452 e 449-461.

emergência, do desenvolvimento sustentável como fórmula sinérgica da complexidade das dinâmicas económicas, sociais e ambientais que interagem no processo de desenvolvimento²². Num misto de ativismo político-institucional²³, legislativo²⁴ e judicial²⁵, logo nos inícios da construção europeia a agenda económica foi conformada também em razão de limites e/ou objetivos não económicos, nomeadamente ambientais. Foi, muito particularmente, a lógica da eliminação dos entraves ou “barreiras verdes” às trocas intracomunitárias (sob a forma de medidas nacionais amigas do ambiente suscetíveis de provocar distorções no mercado) que, via mercado comum/interno, conferiu legitimidade à atuação europeia em matéria ambiental *avant la lettre* dos Tratados que só por via do Ato Único Europeu de 1986 formalmente atribuíram competências às Comunidades neste domínio²⁶.

Não é, por isso, de estranhar a caracterização do mercado interno europeu como mercado interno, primeiro, *esverdeado*²⁷ e, depois,

A construção do mercado comum como instrumento da integração política almejada é a ideia motora patente na *Declaração Schuman* de 9 de maio de 1951, desde o seu primeiro esboço – *cf.* MONNET, Jean. **Mémoires**. Paris: Fayard, 1976. p. 349-350.

²² Para uma análise do conceito de desenvolvimento sustentável enquanto conceito analítico e normativo, SACHS, Jeffrey D. **A Era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual, 2017. p. 11-25.

²³ *Cfr.* **Sixième Rapport Général sur l'Activité des Communautés 1972**, Bruxelas/Luxemburgo, fevereiro de 1973. p. 8

²⁴ Datam da década de 1970 as primeiras diretivas visando diretamente a proteção do ambiente, cuja base jurídica foi a norma correspondente ao atual artigo 352.º do TFUE (cláusula da flexibilidade). É ilustrativo exemplo a Diretiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de abril de 1979, relativa à conservação das aves selvagens, JOL 103 de 25.4.1979. p. 1-18.

²⁵ Sobre o tema, GOMES, Carla Amado. A protecção do ambiente na jurisprudência comunitária – uma amostragem. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n.ºs 14/15, 2009. p. 33-87.

²⁶ O Ato Único Europeu, assinado no Luxemburgo em 1986, introduziu no então Tratado da Comunidade Europeia os artigos correspondentes ao atual Título XX do TFUE (artigos 191.º a 193.º), passando o ambiente a figurar entre as competências partilhadas entre a Comunidade, hoje União, e os Estados-Membros – atual artigo 4.º, n.º 2, e), TFUE.

²⁷ Sobre o progressivo *esverdear* dos Tratados sobre os quais se funda a União, STETTER, S. Maastricht, Amsterdam and Nice: The Environmental Lobby and

assumidamente *verde*. De forma mais ou menos (in)visível, fosse ela da UE ou dos Estados-Membros mas enquadrada pelo direito da União, a regulamentação tendente ao estabelecimento e ao correto funcionamento do mercado interno foi feita com mão verde. Mas a constitucionalização da política europeia do ambiente pelo Ato Único Europeu confirma a progressiva *viragem* feita, até então, “na sombra do silêncio”: de mero instrumento de aproximação das legislações internas dos Estados-Membros com impacto no estabelecimento e no funcionamento do mercado comum/interno, a proteção do ambiente é formalmente elevada a objetivo²⁸ da Comunidade, hoje União. Altera-se assim o estado “*civil*” da relação entre União Europeia e ambiente – “de *união de facto* a *relação oficial* cujos *votos* foram sucessivamente renovados nas subsequentes revisões dos Tratados”²⁹.

Normativamente, esta leitura é particularmente confirmada pela consagração, no Tratado de Amesterdão, assinado em 1997, do princípio da integração ambiental, hoje contemplado no artigo 11.º do TFUE³⁰. Trata-se de um dos princípios centrais na estruturação do direito do ambiente da União Europeia, na medida em que configura a política ambiental como política transversal a todas as demais políticas da União: a definição e a execução destas políticas e, em consequência, a adoção e aplicação dos atos jurídicos que lhes dão corpo, devem considerar/ponderar/integrar o

Greening the Treaties. **European Energy and Environmental Law Review**, v. 10, n.º 5, 2001. p. 150-159.

²⁸ O Tribunal de Justiça já havia afirmado a proteção do ambiente como um dos “objetivos essenciais da Comunidade” – *cfr.* **acórdão Procureur de la République contra Association de défense des brûleurs d’huiles usagées**, 240/83, EU:C:1985:59, considerando 13.

²⁹ Assim, GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago. O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada. *In:* PIÇARRA, Nuno (coord.). **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa**. Aspectos Centrais. Coimbra: Almedina, 2011. p. 205-207.

³⁰ Agregado ao Tratado de Lisboa.

ambiente, não como mero limite, mas sim como seu “*fim* acessório”³¹. Essa mesma leitura – *quicá* da reconfiguração, mas pelo menos do equacionamento ambiental da política e do direito da integração europeia – é igualmente confortada pelo disposto no artigo 3.º do TUE³², a “norma-programa” que mapeia o processo de integração europeia³³, particularmente pela redação dada pelo Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009, ao seu n.º 3, preceito que conforma a missão da União como integrando componentes económicas e ambientais e a sua conciliação através da noção de desenvolvimento sustentável³⁴.

Também ao Tratado de Lisboa se deve a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, doravante CDFUE,³⁵ cujo artigo 37.^º³⁶ complementa a trílice já delineada pelo artigo 3.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia (TUE), na versão consolidada, cuja criação do mercado interno visa 1) o crescimento económico equilibrado e a estabilidade dos preços; 2) uma economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social; e 3) um elevado nível de proteção e de

³¹ ARAGÃO, Alexandra. Ambiente. In: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia** – Elementos de Direito e Políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 1088.

³² Agregado ao Tratado de Lisboa.

³³ FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. In: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia** – Elementos de Direito e Políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 451.

³⁴ Identificando o protagonismo do desenvolvimento sustentável nas alterações introduzidas aos Tratados pelo Tratado de Lisboa, sem que “da insistência no jargão do desenvolvimento sustentável resulte alguma alteração substancial da política ambiental da União”, GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago. O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada. In: PIÇARRA, Nuno (coord.). **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa**. Aspectos Centrais. Coimbra: Almedina, 2011. p. 207-219.

³⁵ Artigo 6.º, n.º 1, TUE.

³⁶ Assim dispõe o artigo 37.º CDFUE: “Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”.

melhoramento da qualidade do ambiente³⁷ e desenvolvimento sustentável – ou mesmo lhe confere alento renovado em razão da sua formulação num instrumento vinculativo de proteção dos direitos fundamentais³⁸.

Ao longo das últimas décadas, por isso, a União Europeia tem desenvolvido um importante *acquis* ambiental, o qual integra, alegadamente, algumas das normas de proteção do ambiente mais exigentes à escala global. É também no cenário global que se tem vindo a destacar nos últimos anos a ação política da União no domínio ambiental, particularmente nas recentes negociações internacionais sobre o clima. Aliás, a principal grande novidade introduzida pelo Tratado de Lisboa no capítulo ambiental foi precisamente a constitucionalização da política climática por via da inclusão da temática das alterações climáticas cujo combate é singularizado de entre os objetivos da política da União no domínio do ambiente.

2.3 O Acordo de Paris

Firmado em dezembro de 2015, na 21.^a Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas, doravante CQNUAC, o Acordo de Paris procura reforçar a resposta mundial à questão climática.

Assinalado pela Comissão Europeia como “viragem histórica na luta mundial contra as alterações climáticas”³⁹, o Acordo representa

³⁷ A prossecução de um nível elevado de proteção do ambiente é igualmente referida nas disposições dos artigos 114.º, n.º 3 (no quadro das medidas que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno) e 191.º, n.º 2 (enquanto objetivo da política da União no domínio do ambiente) do TFUE.

³⁸ Sobre o potencial interpretativo do princípio do nível elevado de proteção do ambiente como fonte de direitos subjetivos em razão da sua consagração no artigo 37.º CDFUE, SIKORA, A. The principle of a high level of environmental protection as a source of enforceable rights. *Cahiers de droit européen*, v. 52, n.º 1, 2016. p. 399-418.

³⁹ Comissão Europeia, Comunicação Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris, p. 3.

uma mudança de paradigma na implementação da CQNUAC com o reconhecimento de que apenas com o contributo de todos, no respeito pelo princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas⁴⁰, é possível enfrentar o desafio das alterações climáticas sem direção a uma economia hipocarbónica⁴¹.

Em outubro de 2014, o *Quadro de Ação relativo ao Clima e à Energia para 2030* apresentado pelo Conselho Europeu fixou um objetivo interno de redução das emissões de gases com efeito de estufa em, pelo menos, 40% até 2030⁴², e o *Roteiro de transição para uma economia hipocarbónica competitiva* fixou a redução das emissões de gases com efeito de estufa em 80% até 2050⁴³, em ambos os casos por referência aos níveis de 1990.

O comércio europeu de licenças de emissão de gases com efeitos de estufa⁴⁴, doravante CELE, em funcionamento desde 2005, constitui um pilar da política da União de combate às alterações climáticas. Instituído pela Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, o CELE tem-se revelado um instrumento eficaz e inovador na redução das emissões: o modelo de atribuição de licenças (a cada tonelada de CO₂ ou equivalente de CO₂ emitida para a atmosfera dentro de certo período deve corresponder uma licença de emissão) é, desde 2012, feita com recurso a leilão, sendo a

⁴⁰ Princípio já proclamado na Cimeira do Rio de 1992 (princípio 7 da Declaração do Rio).

⁴¹ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, **Roteiro de transição para uma economia hipocarbónica competitiva em 2050**, Bruxelas, 08.03.2011, COM (2011) 112 final.

⁴² Conselho Europeu, Conclusões sobre o Quadro de Ação relativo ao Clima e à Energia para 2030. p. 2.

⁴³ Comissão Europeia, Roteiro de transição para uma economia hipocarbónica competitiva em 2050. p. 4.

⁴⁴ Para uma descrição abreviada do respetivo regime, GOMES, Carla Amado. Direito Administrativo do Ambiente. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro Costa (coord.). **Tratado de Direito Administrativo Especial**. Lisboa: Almedina, v. I, p. 238-243 (ponto da responsabilidade de Tiago Antunes), 2013.

quantidade total de licenças de emissão determinada a nível da União⁴⁵; e, assente na livre transação das licenças de emissão, o CELE conjuga instrumentos administrativos e económicos/de mercado no incentivo à redução das emissões de gases com efeito de estufa.

Para além disso, também no seguimento do Acordo de Paris, a execução do *Quadro de Ação relativo ao Clima e à Energia para 2030*⁴⁶, estabeleceu, no domínio energético, uma meta indicativa de pelo menos 27% para o aumento da eficiência energética à escala da União, bem como para a quota-parte das energias renováveis consumidas na União no horizonte de 2030⁴⁷.

O projeto *União da Energia*, apresentado pela Comissão Europeia em 2015⁴⁸, constitui o quadro mais amplo em vista de um sistema energético integrado à escala da União no qual os cidadãos são colocados no centro das preocupações, tirando proveito da transição energética. A estratégia delineada assenta, entre outros, na garantia da segurança energética⁴⁹ (incluindo o desenvolvimento da política externa europeia em matéria de energia em vista de uma maior segurança e diversificação energética), no impulso à conclusão do mercado interno da energia (com prioridade para o cumprimento da regulamentação vigente nos setores da

⁴⁵ Tendo a Diretiva 2003/87 coberto os períodos de 2005-2007 e 2007-2012, o terceiro período do CELE (2013-2020) caracteriza-se pelo alargamento do seu âmbito com a introdução de novos gases e novos setores (aviação) e com o recurso ao leilão como regra para a alocação da maioria das licenças de emissão – Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, que altera a Diretiva 2003/87/CE a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, JO L 140 de 05.06.2009, p. 63-87.

⁴⁶ Comissão Europeia, Comunicação Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris, p. 10.

⁴⁷ Conselho Europeu, Conclusões sobre o Quadro de Ação relativo ao Clima e à Energia para 2030, p. 5.

⁴⁸ Comissão Europeia, Comunicação Uma estratégia-quadro para uma União da Energia resiliente dotada de uma política em matéria de alterações climáticas virada para o futuro, p. 2.

⁴⁹ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, **Estratégia europeia de segurança energética**, Bruxelas, 28.05.2014, COM (2014) 330 final.

energia⁵⁰, incluindo a independência das autoridades reguladoras), na priorização da eficiência energética⁵¹ (com destaque nos setores dos transportes⁵² e da construção), na descarbonização da economia (nomeadamente por via da promoção das energias renováveis⁵³), e no fomento da investigação e da inovação no setor da energia, para além da capacitação dos consumidores, oferecendo-lhes informações e opções e criando flexibilidade na gestão da oferta e da procura.

Assim, a estratégia da União na resposta aos desafios das alterações climáticas⁵⁴, particularmente no clima propiciado pelo Acordo de Paris, assenta num equilíbrio entre compromissos internacionalmente

⁵⁰ Sobre a política europeia da energia, ANASTÁCIO, Gonçalo; CARVALHO, Teresa. Energia. *In*: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia** – Elementos de Direito e Políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 1131-1185.

⁵¹ Diretiva 2012/27/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa à eficiência energética, que altera as Diretivas 2009/125/CE e 2010/30/UE e revoga as Diretivas 2004/8/CE e 2006/32/CE, JO L 315 de 14.11.2012. p. 1-56.

⁵² Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, **Estratégia Europeia de Mobilidade Hipocarbónica**, Bruxelas, 20.07.2016, COM (2016) 501 final.

⁵³ Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Diretivas 2001/77/CE e 2003/30/CE, JO L 140 de 05.06.2009. p. 16-62, alterada pela Diretiva (UE) 2015/1513 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, que altera a Diretiva 98/70/CE relativa à qualidade da gasolina e do combustível para motores diesel e a Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis, JO L 239 de 15.09.2015. p. 1-29.

⁵⁴ De acordo com os dados disponibilizados pela Comissão Europeia, os esforços da política climática estão a produzir resultados: em 2015, as emissões de gases com efeito de estufa na União foram de 22% abaixo do nível de 1990, registando-se uma tendência decrescente na maior parte dos Estados-Membros no período 1990-2015 – *cfr.* Comissão Europeia, Relatório Anual de Atividades 2016 - Direção Geral da Ação Climática, Bruxelas, 2017, p. 12. A expectativa é a de alcançar em 2020 uma redução de 24% em relação aos níveis de 1990, superando o objetivo de 20% fixado na **Estratégia Europa 2010** – *cfr.* Comissão Europeia, Comunicação **EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**, Bruxelas, 03.03.2010, COM (2010) 2020 final, p. 13.

assumidos (procurando a União afirmar-se como valor acrescentado, senão mesmo de liderança, no cenário mundial), objetivos e limites fixados à escala da União (a promoção da integração por via do estabelecimento de metas ambiciosas de mitigação e adaptação às alterações climáticas) e sua concretização por via de ações concretas e efetivas empreendidas pelos Estados-Membros (cuja execução beneficia do sistema geral do direito da União de controlo do cumprimento das obrigações impostas aos Estados-Membros)⁵⁵.

Mas as condutas concretas a empreender em vista da execução das estratégias de governação (*governance*) e regulação definidas não passam simplesmente pela intervenção dos Estados-Membros, entendidos em sentido amplo (na integridade das diferentes estruturas que compõem o seu modelo de governo). Passam principalmente pelo envolvimento dos múltiplos membros da sociedade – parceiros sociais, pequenas e médias empresas, e, em geral, os cidadãos, em particular nas suas vestes de consumidores⁵⁶, através de múltiplos e dinâmicos canais de informação e participação às escalas local, nacional e global impulsionadores da emergência do “*envolvimento sustentável*” – que, envolvendo o todo da humanidade, promoveria, *quicá*, uma “globalização virtuosa”⁵⁷.

À escala urbana, a Comissão Europeia⁵⁸ tem em vista a criação de um balcão único para as autoridades locais bem como a intensificação do trabalho a nível das cidades e das políticas urbanas, nomeadamente

⁵⁵ Sobre o tema, LENAERTS, K.; GUTIÉRREZ-FONS, J. A. The General System of EU Environmental Law Enforcement. *Yearbook of European Law*, v. 30, n.º 1, 2011. p. 3-41.

⁵⁶ A propósito, VAZ, Sofia Guedes. Implicações éticas dos comportamentos do cidadão consumidor. *In*: NEVES, Maria do Céu Patrão; SOROMENHO-MARQUES, Viriato. (coord.). *Ética Aplicada: Ambiente*. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 351-368.

⁵⁷ SCHMIDT, Luísa. Implicações éticas da cidadania ambiental. *In*: NEVES, Maria do Céu Patrão; SOROMENHO-MARQUES, Viriato (coord.). *Ética Aplicada: Ambiente*. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 369-392.

⁵⁸ Artigo 12.º do Acordo de Paris.

no que se refere a ações de apoio desenvolvidas no âmbito do *Pacto de Autarcas Para o Clima e a Energia*.

Por sua vez, o Comité Económico e Social Europeu, priorizando uma abordagem da base para o topo para uma ação climática eficaz, propõe erigir a ação da sociedade civil em prol da proteção do clima enquanto segundo pilar da política da União para as alterações climáticas, a par da diplomacia climática. Demonstrando que a cidadania da União integra, enquanto uma das suas dimensões materiais, uma ecocidadania, foi até ao momento apresentado um número revelador de iniciativas enquadráveis no domínio ambiental⁵⁹, destacando-se, desde logo, aquela que foi a primeira a reunir as condições necessárias a uma resposta da Comissão – a iniciativa *Right2Water*⁶⁰. Mobilizada para o quadro das respostas às alterações climáticas, a iniciativa de cidadania europeia teria, pois, o potencial de reanimar a democracia (global à escala) europeia enquanto espaço público de decisão e ação participado.

3 O pacto ecológico: novo ideal europeu?

3.1 Áreas de intervenção

O Pacto Ecológico Europeu, documento que vai reger o futuro da União Europeia, e do mundo, tem três grandes objetivos: fazer da Europa o primeiro continente a atingir a neutralidade carbónica, melhorar a qualidade de vida das pessoas e proteger o nosso habitat natural. Este Pacto vai influenciar todas as áreas da política pública europeia, sobretudo as que estão no cerne da luta contra as alterações climáticas, nomeadamente os

⁵⁹ Cfr. o Registo Oficial da Iniciativa de Cidadania Europeia. Disponível em: <http://ec.europa.eu/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁶⁰ Comissão Europeia, Comunicação sobre a iniciativa de cidadania europeia "A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!", Bruxelas, 19.03.2014, COM (2014) 177 final.

setores da Energia, Transportes e Mobilidade, mas também Construção, Agricultura e Agroalimentar, entre muitas outras.

O ajustamento das empresas a este novo paradigma de desenvolvimento não é isento de riscos. Deste modo, afigura-se essencial que as empresas e outras organizações portuguesas possam conhecer, com rigor e com a devida antecedência, as oportunidades que este trará e preparar-se para as mudanças e ajustamentos que este promoverá.

Ao centrar a política económica em torno da sustentabilidade e do bem-estar dos cidadãos o Pacto é também uma estratégia social, com o lema de não deixar ninguém, nem nada (neste caso, pessoas e regiões), para trás. Para esse efeito, são muitos os temas a abordar e a transformar, ao longo dos próximos anos, e que passam pela economia, em prol de um futuro sustentável, fornecer energia limpa, segura e a preços acessíveis⁶¹.

A mobilização da indústria para a economia circular e limpa, acelerar a transição para a mobilidade sustentável e inteligente, preservar e recuperar ecossistemas e a biodiversidade, mobilizar a investigação e promover a inovação ou construir e renovar de forma eficiente em termos de utilização de energia e recursos fazem parte dos vários temas constantes no Pacto Ecológico.

Todas as ações e todas as políticas da UE deverão passar a contribuir para os objetivos do *European Green Deal* que é entendido como a nova estratégia para o crescimento da UE. Fazer a transição climática é uma resposta a um fator de emergência e é ter sentido estratégico, constituindo o Pacto Ecológico Europeu um “imperativo ético, uma oportunidade económica e uma oportunidade de a Europa liderar pelo exemplo”. Além disso, o documento tem uma dimensão externa muito grande. A UE tem liderado a diplomacia internacional nesta matéria e quer continuar a fazê-lo, não só nos fóruns multilaterais das Nações Unidas, mas também nas políticas comerciais com outros países.

⁶¹ Comunicado da Comissão Europeia, Bruxelas, 11.12.2019, COM (2019) 640 final. Disponível em: <https://ec.europa.eu/>. Tradução nossa, p. 6. Acesso em: 20 fev. 2020.

Merece igualmente destaque a “importante dimensão social” constante neste Pacto. A ideia fundamental é “uma estratégia social” que contempla uma “transição justa”, de forma, “que todos sejam incluídos e ninguém fica para trás”. Sabemos que estas decisões terão impactos diferentes consoante as regiões. Mas para ajudar na transformação das regiões mais débeis é essencial desenvolver políticas que deem resposta às necessidades dos trabalhadores, e isso está totalmente previsto.

A mobilidade, a Lei Climática que está a ser preparada, a revisão das diretivas das energias renováveis e eficiência energética, os edifícios, a economia circular, os têxteis, plásticos, a agricultura e o agroalimentar, a ambição de poluição zero, e um grande enfoque na saúde, água, e solos contaminados, são alguns dos principais focos do Pacto.

Assim, o *European Green Deal* pode, de facto, ser *o novo ideal europeu*, que vai ao encontro dos desejos dos cidadãos, rumo a uma Europa (e um mundo) mais verdes, em nome da sobrevivência do planeta.

3.2 Mecanismo para a transição justa

O Pacto Ecológico cujo objetivo é cumprir as metas do Acordo de Paris e liderar o combate às alterações climáticas, sem deixar ninguém para trás, promete revolucionar o nosso dia a dia. Por isso, a Comissão Europeia propôs a criação do Mecanismo para a Transição Justa, com o objetivo de apoiar as regiões dependentes do carvão e doutros combustíveis fósseis. A proposta -1 bilião de euros entre 2021 e 2027 - inclui mais financiamento, melhor apoio técnico e regras flexíveis para as empresas e para os Estados-Membros.

Esta proposta é da maior relevância para Portugal, que tem regiões particularmente afetadas pela transição energética. Pense-se, desde logo, nos casos das centrais a carvão de Sines e Pego. Mas pense-se, também, nas regiões do Norte, em que o tecido empresarial terá de ser alavancado por boas decisões políticas e administrativas, que facilitem o acesso a novas fontes de energia e a novos mercados. O fundo

destinado a apoiar as regiões europeias mais afetadas pela reconversão para uma economia neutra em emissões de carbono tem prevista uma parcela de 79,2 milhões de euros para Portugal. Aliás, o país tem sido sucessivamente elogiado pela presidente da Comissão Europeia, URSULAVON DER LEYEN, por ter antecipado⁶² a sua transição para a produção de energia limpa, podendo agora receber cerca de um por cento do montante total, de 7500 milhões, para acelerar o contributo nacional para o chamado *green deal*.

A distribuição será combinada com fundos da política de coesão, esperando-se que por cada euro do fundo para a transição justa seja entregue mais um euro e meio do Fundo Social Europeu e do Fundo para o Desenvolvimento Regional, aos quais acrescem ainda as respetivas taxas de cofinanciamento nacional.

A luta em defesa da Natureza, do planeta e dos seus recursos, como a luta pelo direito ao desenvolvimento – dois objetivos que não são contraditórios, antes complementares – exigem um confronto com as políticas e orientações da União Europeia.

3.3 Visão prospetiva

A desmaterialização levada a cabo pela economia digital, o risco sistémico e interdependente e a proliferação de episódios e ocorrências cada vez mais aleatórias do tipo *cisne negro* colocam-nos perante o drama dos limites e a tragédia dos comuns; será que o pacto verde europeu e a transição ecológica, pelos valores que mobilizam,

⁶² Portugal começou a sua transição climática em 2005 e investiu de forma significativa desde então. Em 2023, irá encerrar a sua última mina de carvão mineral, já tem um *superavit* de energia renovável e, juntamente com o governo holandês, está a trabalhar e a preparar a energia de hidrogénio verde. Portugal pode até dar um contributo para que o resto da Europa possa fazer a sua transição para o consumo da chamada *energia limpa*. Os projetos associados ao encerramento das centrais termoelétricas do Pego, no próximo ano, e de Sines, em 2023, serão potencialmente elegíveis para as verbas do Fundo de Transição Justa.

contribuirão para repolitizar e recolocar a equação do tempo e da responsabilidade pública e coletiva no registo certo?

Para lá da Europa Verde e da Europa Digital estamos, claramente, necessitados de uma Europa Social que promova o equilíbrio entre a contenção das alterações climáticas e o desenvolvimento económico e social. A questão central gira em torno da eficácia da descarbonização e da neutralidade carbónica para 2030 e 2050 e das eventuais sanções aplicáveis em caso de incumprimento grave.

A década que agora se inicia reserva não apenas grandes transformações, mas, também, grandes incógnitas. Serão estas transformações convergentes ou divergentes? Poderemos esperar uma Grande Transformação, um *Novo Momento POLANYI*⁶³ na década que agora começa, com um novo fôlego, impulsionados pela saída do Reino Unido ou, ao contrário, começa aqui a estagnação do projeto europeu?

Apesar dos esforços da União Europeia para “convencionar” algumas dessas transformações, seja o pacto ecológico europeu ou o mercado único digital, elas não parecem convergir, atropelam-se mutuamente e criam novas desigualdades e clivagens entre os Estados membros da União Europeia, pelo que não surpreende que a polarização social e política se acentue e agrave, como se constata pelas manifestações e protestos nas ruas um pouco por todo o lado.

Considerações finais

Os riscos globais, em particular as alterações climáticas, mas também a digitalização da economia e da sociedade, convocam o Estado-Nação, a encontrar o seu lugar no mundo perante riscos múltiplos de natureza e geometria em turbulência, no qual as fronteiras se tornaram

⁶³ POLANYI, Karl. **A Grande Transformação**. Lisboa: Edições 70, 2012. *O Momento POLANYI* anuncia uma transformação civilizacional e cultural das sociedades quando se constata que as instituições, na sua generalidade, deixaram de acompanhar as mudanças introduzidas pelas forças produtivas e sociais dominantes.

líquidas e flexíveis, tendo de se (re)inventar e reequacionar, à luz de novos quadros de referência culturais, económicos, sociais, políticos e jurídicos.

A resposta integrada às alterações climáticas, sintoma de uma crise civilizacional, assente no desenvolvimento e no primado das razões científica, tecnológica e cultural sobre a organização e dinâmica ontológica da natureza, assumida como prioritária no discurso jurídico-político da União Europeia, permitirá testar um modelo de governação, regulação e intervenção pautado pela cooperação dos Estados-Membros para enfrentar os riscos globais, que atingem diferentemente todos por igual, ao mesmo tempo que não prescinde da participação ativa dos cidadãos nas vestes de *Homo ecologicus*.

A estratégia da UE na resposta aos desafios das alterações climáticas, particularmente no processo propiciado pelo Acordo de Paris, negociado em Paris durante a COP21 da CQNUACe aprovado em 12 de dezembro de 2015, não se alheou da importância da cidadania ambiental/climática, exortando a cooperação das Partes na adoção de medidas para melhorar a educação, a formação, a sensibilização e a participação do público e o acesso à informação no domínio das alterações climáticas, refletido no pacote da União direcionado para a implementação do Acordo de Paris.

No plano jurídico, o Acordo de Paris e a sua filtragem pelo modelo jurídico da integração europeia parecem ditar as regras para a emergência de um Direito assenteem compromissos internacionalmente assumidos, objetivos e limites fixados à escala da União e sua concretização por via de ações concretas e efetivas empreendidas pelos Estados-Membrosrumo a um desenvolvimento socioeconómico com baixas emissões de gases com efeito de estufa.

Em 11 de dezembro de 2019, no âmbito da CQNUAC, a Presidente da Comissão Europeia, Ursulavonder Leyen, apresentou um Pacto Ecológico, cujo objetivo é cumprir as metas do Acordo de Paris e liderar o combate às alterações climáticas, sem deixar ninguém para trás,

através de um pacote de medidas extremamente ambicioso que permitirá às empresas e aos cidadãos europeus beneficiar de uma transição ecológica sustentável, assente no Mecanismo para a Transição Justa.

O combate às alterações climáticas implica uma ação global, mas é um desígnio para o qual somos todos convocados. Cada um tem de fazer a sua parte. O resultado final terá de permitir mais coesão social e territorial e, em simultâneo, significar mais emprego de qualidade e o reforço da competitividade da economia.

O *European Green Deal* pode, de facto, ser o novo ideal europeu, que vai ao encontro dos desejos dos cidadãos, rumo a uma Europa (e um mundo) mais verdes, em nome da sobrevivência do planeta.

Para a Presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, “a questão para Portugal é como transportar a sua energia renovável através de Espanha e de França para os outros países onde esta energia é necessária”. “De uma perspetiva portuguesa, o Pacto Ecológico Europeu tem a ver com infraestruturas de energia, com as interligações e com a adaptação às alterações climáticas”⁶⁴.

Por sua vez, a Comissária Portuguesa, Elisa Ferreira, considera que “a mudança global” torna “absolutamente essencial criar condições para ter um mercado para renováveis suficientemente fluido e operacional de forma a podermos beneficiar todos de uma produção [energética] menos penosa para o planeta”⁶⁵.

Em suma, o risco climático global tem em si múltiplos riscos existenciais para a Humanidade que, para além de esbater a diferença entre o nós e os outros, também revela a interligação entre alterações climáticas e justiça social, conduzindo à emergência de um novo horizonte normativo integrado de ação social e política – o da justiça (climática/ambiental) global, substantivando deste modo a integração ambiental como agente da metamorfose do Direito de que este texto se ocupa.

⁶⁴ Jornal Observador, 18.12.2019. Disponível em: <https://observador.pt/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁶⁵ Jornal de Notícias, de 16.01.2020. Disponível em: <https://www.dn.pt/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. Apresentação. *In: Direito do Ambiente*. Instituto Nacional de Administração, 1994.

ANASTÁCIO, Gonçalo; CARVALHO, Teresa. Energia. *In: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 1131-1185.

ARAGÃO, Alexandra. Ambiente. *In: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 1087-1129.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Coleção Cadernos Democráticos – Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós Copenhague 2009. **Sequência**, n. 60, p. 319-339, jul. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228835689> O clima como necessidade de governança transnacional reflexoes pos-Copenhague 2009. Acesso em: 18 jan. 2021.

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente**. Coimbra: Coimbra, 2014.

FROUFE, Pedro Madeira; GOMES, José Caramelo. Mercado Interno e Concorrência. *In*: CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira; SILVEIRA, Alessandra (coord.). **Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2016.

GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do Direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

GOMES, Carla Amado. A protecção do ambiente na jurisprudência comunitária – uma amostragem. **Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território**, n^{os} 14/15, 2009. p. 33-87.

GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago. O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada. *In*: PIÇARRA, Nuno (coord.). **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa**. Aspectos Centrais. Coimbra: Almedina, 2011.

GOMES, Carla Amado. **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2012.

GOMES, Carla Amado. Direito Administrativo do Ambiente. *In*: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro Costa (coord.). **Tratado de Direito Administrativo Especial**. v. I. Lisboa: Almedina, 2013. p. 238-243.

HOBSBAWM, E. **Age of Extremes – The Short Twentieth Century 1914-1991**. Londres: Abacus, 1994.

LENAERTS, K.; Gutiérrez-Fons, J. A. The General System of EU Environmental Law Enforcement. **Yearbook of European Law**, v. 30, n. ° 1, 2011. p. 3-41.

MONNET, Jean. **Mémoires**. Paris: Fayard, 1976.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação**. Lisboa: Edições 70, 2012.

SACHS, Jeffrey D. **A Era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual, 2017.

SCHMIDT, Luísa. Implicações éticas da cidadania ambiental. *In*: NEVES, Maria do Céu Patrão; SOROMENHO-MARQUES, Viriato. (coord.). **Ética Aplicada: Ambiente**. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 369-392.

SIKORA, A. The principle of a high level of environmental protection as a source of enforceable rights. **Cahiers de droit européen**, v. 52, n. ° 1, 2016. p. 399-418.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde**. Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

STETTER, S. Maastricht, Amsterdam and Nice: The Environmental Lobby and Greening the Treaties. **European Energy and Environmental Law Review**, v. 10, n.° 5, 2001. p. 150-159.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada. **Jornal Oficial da União Europeia**. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em: 19 mar. 2021.

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial da União Europeia**. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 19 mar. 2021.

VAZ, Sofia Guedes. Implicações éticas dos comportamentos do cidadão consumidor. *In*: NEVES, Maria do Céu Patrão; SOROMENHO-MARQUES, Viriato (coord.). **Ética Aplicada: Ambiente**. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 351-368.

WEISS, Edith Brown. Climate Change, Intergenerational Equity, and International Law. **Vermont Journal of Environmental Law**, v. 9, 2008. p. 615 - 627. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2637&context=facpub>. Acesso em: 17 jan. 2021.

WEISS, Edith Brown. **In Fairness to Future Generations**: international law, common patrimony, and intergenerational equity. New York: Transnational Publishers, 1989. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/196661>. Acesso em: 17 jan. 2021.

Mediação e Constelação Familiar – técnicas metajurídicas de autocomposição de conflitos familiares: justiça interdisciplinar e “dever social”*

Family Mediation and Constellation - meta-legal techniques of self-composition of family conflicts: interdisciplinary justice and social duty

Ana Larissa Amauri Alexandre**

Bleine Queiroz Caúla**

Fabíola de Lima Gonçalves**

Resumo: Trata-se, nesta pesquisa, sobre a aplicabilidade da mediação e da constelação familiar – técnicas metajurídicas de autocomposição aos conflitos familiares que têm elevada carga afetiva, pois trazem consigo sentimentos, tais como: raiva, angústia e mágoas, devendo ser discutidos e trabalhados da maneira adequada, reestabelecendo o vínculo familiar. E surge a inquietação de

* A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O artigo é uma adaptação da monografia de conclusão do curso de Direito de Ana Larissa Amauri Alexandre, no ano de 2018, e foi apresentado no **Seminário Internacional XIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**, realizado nas Universidades: Candido Mendes (UCAM), Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche (Itália) e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – (Portugal), em outubro de 2018. Todas as alterações foram pactuadas pelas autoras subscritas.

** Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário - Faculdade Evolutivo. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada, atuante na área de Direito das famílias e sucessões. E-mail: lariamauri@gmail.com.

** Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável – Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, España. Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Mediadora e Conciliadora Judicial certificada pelo Conselho Nacional de Justiça. Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br.

** Doutoranda em Saúde Coletiva, Mestra em Ensino na Saúde, Residência em Saúde da Família, Enfermeira, Universidade Estadual do Ceará, Consteladora Familiar, Docente da Universidade de Fortaleza do Curso de Graduação em Enfermagem e da Pós-graduação em Micropolítica do Trabalho e da Gestão em Saúde – Universidade Federal Fluminense.

saber até onde o Poder Judiciário consegue adentrar na muralha que protege as famílias. Inicialmente salienta a nova estrutura das famílias contemporâneas, alimentada pelas mudanças sociais e jurídicas, adquirindo aspectos afetivos em suas relações, compostas por diversos tipos de arranjos familiares. É feito um estudo das normas regulamentadoras da mediação, das peculiaridades do mediador e do perfil dos mediados. A pesquisa é bibliográfica, utilizando-se de referências teóricas (livros, dissertações), legislação e Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Conclui-se que a mediação e a constelação familiar promovem a Justiça Interdisciplinar e a cultura da autocomposição de conflitos familiares como um “dever social” na medida em que a força normativa do Direito das Famílias exige a participação da sociedade no âmbito extrajudicial e judicial. A Família é um patrimônio que o Estado não pode dispor.

Palavras-chave: Mediação. Constelação familiar. Justiça interdisciplinar. Autocomposição de conflitos familiares. Dever social.

Abstract: This research is about the applicability of mediation and the family constellation -meta-legal techniques of self-composition to Family conflicts that have a high affective burden, because bring with them feelings such as: anger, anguish and hurt, and should be discussed and worked on properly, reestablishing the family bond. And the concern arises as to how far the Judiciary manages to enter the wall that protects families. Initially highlights the new structure of contemporary families, fueled by social and legal changes, acquiring affective aspects in their relationships, composed of different types of family arrangements. A study of the regulatory norms of mediation is done as well a study about the peculiarities of the mediator and the profile of mediated. The research is bibliographic, using theoretical references (books, dissertations), legislation and Resolution of the National Council of Justice. It is concluded that mediation and constellation promote Interdisciplinary Justice and the culture of self-composition of family conflicts as a “social duty” insofar as the normative force of Family Law requires the society's participation in extrajudicial and judicial spheres. The Family is an asset that the State can not afford.

Keywords: Mediation. Family Constellation. Interdisciplinary Justice. Self-composition of Family Conflicts. Social Duty.

Introdução

Famílias contemporâneas, novas estruturas, outros olhares sociais e jurídicos para a forma de se relacionarem. Diante das transformações familiares surgem relações conflituosas. E nesse cenário o Poder Judiciário dialoga com as Famílias de modo a envolvê-las no processo como protagonistas das soluções e não apenas como julgador das ações nas Varas de Família.

As leis civis provaram que não são suficientes para resolver as ações de conflitos, pois são dotadas de superficialidade frente a muralha que protege a privacidade e a intimidade das famílias. A mediação e a constelação familiar compõem uma nova Era do processo judicial.

A mediação é um método autocompositivo de construção do diálogo para solução de conflitos entre pessoas com vínculos preexistentes, onde exige-se pacificação, resiliência, intimidade e respeito. Os envolvidos têm a oportunidade e conveniência de exporem suas angústias, mágoas, opiniões e sentimentos ao tempo em que poderão amigavelmente recompor as diferenças e facilitar a solução.

Desde a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004 a atividade jurisdicional tem assumido um novo papel na sociedade. O Conselho Nacional de Justiça trabalha em prol de uma justiça social, habilidosa e paritária. Os magistrados têm buscado capacitação interdisciplinar para atuarem nos processos de Direito das Famílias. Nessa senda, a mediação mostra-se com mais eficácia para a solução dos conflitos familiares, pois as partes têm o poder de decisão dos pontos divergentes de modo a tornar mais célere o fim do conflito. Nada mais apropriado já que são os maiores conhecedores de suas vidas.

A caminho de uma Justiça Interdisciplinar, a constelação familiar entra para o cenário processual. Prática estruturada há mais de quarenta anos por Bert Hellinger, tem influências freudianas, junguianas e dos autores da psicologia sistêmica e transgeracional. Consiste em uma filosofia aplicada às diversas áreas da vida. No Direito, especialmente,

sua contribuição está voltada para restaurar a qualidade dos relacionamentos familiares e auxiliar o convívio em sociedade.

A pesquisa analisa como surgem os conflitos familiares – marcados por afetos, emoções e aspectos psicológicos – complexos de serem trabalhados, e, com isso, é necessário a busca pela melhor solução das contendas, de modo que sejam pacíficas. E surge a inquietação de saber até onde o Poder Judiciário consegue ir?

A motivação para a pesquisa decorre da importância da utilização da mediação e da constelação familiar nos processos das Varas de Famílias. Parte-se das hipóteses: a) O Sistema de Justiça incorpora métodos interdisciplinares nos processos judiciais contemporâneos; b) A busca dos magistrados das Varas de Famílias por capacitação em técnica de constelação familiar¹; c) O aprimoramento da atuação dos mediadores judiciais frente as lacunas trazidas pelo Código de Processo Civil.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, a pesquisa é do tipo bibliográfica, utilizando-se de referências teóricas (livros, dissertações) e legislação e Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

1 Famílias contemporâneas

As transformações ocorridas nas variadas famílias ocasionaram mudanças sociais e jurídicas e trouxeram nova estrutura às famílias contemporâneas – protegidas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil. A força normativa do Direito das Famílias exige a participação da sociedade no âmbito extrajudicial e judicial.

É possível afirmar que a Emenda Constitucional 45/2004 é a responsável pela modernização do Sistema de Justiça. O Conselho

¹ “Por isso, ingênuo seria acreditar que somente o conhecimento e domínio de uma ciência fosse suficiente para a compreensão do conflito como um todo”, pondera AZEVEDO, Victória Ramalho da Costa. **Análise jurídica dos efeitos da constelação familiar nas ações de família**. 2020. Monografia (Curso de Direito) - Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza. p. 18.

Nacional de Justiça está sempre diligente em aprovar Resoluções destinadas à participação dos envolvidos nos conflitos familiares. Inaugura uma nova Era Judicial com a aprovação da Resolução 125/2010, pois instala a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no Âmbito do Poder Judiciário.

Naturalmente, o conceito de Família passou por modificações ao longo do tempo. Existem diferentes tipos de formação familiar, com suas singularidades e características próprias. O modelo patriarcal remete a um período onde os interesses particulares dos membros familiares não eram vistos, cabia apenas o fortalecimento econômico da instituição familiar, sem levar em consideração os ideais de felicidade dos seus membros.

Porém, com a evolução da sociedade e o surgimento dos princípios insertos na Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, passaram a ser vistos e priorizados os interesses pessoais de cada membro da família, e não mais apenas os interesses coletivos da instituição familiar.

O direito ao divórcio também contribuiu para a aceleração da nova conjuntura familiar. Dessa forma, a instituição familiar deixou de ser legitimada apenas pelo casamento². A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010 também favoreceu significativamente a formação das novas famílias, pois facilitou o divórcio, tornando-o mais célere e permitiu que os cônjuges pudessem contrair um novo matrimônio. Dessa forma, originou-se o que se chama hoje “famílias mosaico”.

O grande desafio da família pós-moderna é harmonizar as relações entre as pessoas oriundas de famílias recompostas, pois ainda existe muito preconceito e dificuldade de reconhecer as famílias

² Ver PACHECO, Ana Lúcia Paes Barros. **Mulheres pobres e chefes de família**. 2005. Tese de Doutorado em Psicossociologia de comunidades e ecologia social - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://pos.eicos.psicologia.ufri.br/wp-content/uploads/analuciapaespacheco.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

originadas da pluralidade das relações parentais, compostas por padrastos e madrastas, filhos do mesmo casamento com filhos do relacionamento anterior, essa multiplicidade de vínculos é a marca do mosaico familiar onde a maior característica dessas famílias é o laço afetivo que unem seus membros.

O ordenamento jurídico brasileiro não regulamentou ainda essa nova concepção de família. Nessa senda, Paulo Lobo³ explica “o direito de família foi construído em torno do paradigma do primeiro casamento. Daí o vazio legal em torno das famílias recompostas”. A Constituição Federal de 1988 ainda reconhece o casamento, a família monoparental e a união estável como entidades familiares. Porém, é necessário que os “mosaicos familiares” sejam reconhecidos, o que vem fazendo a Jurisprudência. Temas como aborto deveria ser discutido no Congresso Nacional e não no Supremo Tribunal Federal, mas os deputados não querem arriscar perder votos dos eleitores religiosos. Ou seja, confunde-se direito com moral e religião.

As famílias reconstituídas em novas relações “impõem” a convivência entre padrastos e enteados, meio irmãos, ou filhos oriundos de uma união estável. Tenta-se criar um vínculo afetivo entre essas pessoas, porém muitas vezes esse remodelamento familiar cria situações delicadas, pois principalmente as crianças não estão aptas a esse novo reajuste familiar. Rolf Madaleno⁴ explica as dificuldades que são vivenciadas pelas famílias mosaico:

A família redesenhada é produto de um processo que requer tempo para encontrar a sua própria identidade, porque traduz a história familiar do passado, dependendo da mudança de hábitos e rotinas condizentes a unificação da nova família, passando por todas as suas etapas de aceitação, autoridade e efetividade. É que o vínculo entre um cônjuge ou conveniente com os filhos do outro nasce

³ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

de uma aliança, construída aos poucos, com filhos já crescidos e amados em outras relações. Para com estes é preciso tempo para a conquista da confiança e do afeto, e não como ocorre na vinculação biológica, quando já contam desde a concepção os vínculos de sangue.

As famílias recompostas trazem consigo questões difíceis de serem resolvidas, como pensão alimentícia, direito de convivência entre padrastos e enteados, guarda de crianças e adolescentes. Portanto, é necessária a sensibilidade dos operadores do direito para administrar os conflitos recorrendo às técnicas metajurídicas.

1.1 O direito das famílias na Constituição brasileira e no Código Civil

O reconhecimento da família como a base da sociedade deve ser uma realidade social e não apenas jurídica. O legislador constituinte de 1988 realizou a modificação do conceito de família, estendendo a sua definição de acordo com a realidade vivida pela sociedade para que nenhuma de suas formas sofra discriminação. Rolf Madaleno⁵ esclarece

Foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges [...]. Derrogado o pátrio poder, também foram reconhecidos direitos semelhantes aos do casamento para a estável convivência de um homem e de uma mulher. Em seu art. 226 a família é reconhecida como a base da sociedade e com proteção especial do Estado, de acordo com o §5º do mesmo artigo: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O Código Civil de 2002 acompanhou as mutações sociais. O legislador regulou que os entes familiares são ligados mais pelo afeto

⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 12.

e não apenas pelo casamento ou por laços sanguíneos. Conforme leciona Paulo Lobo⁶

A família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

O direito na busca de realizar a sua função de regulamentar o comportamento das pessoas determinou que as normais vigentes no ordenamento jurídico fossem modificadas para melhor se enquadrarem às mutações e ao novo conceito de família. Contudo, mesmo sem previsão legal, o afeto vem sendo para alguns doutrinadores e para a jurisprudência a melhor forma de remodelar o Direito das Famílias. Entrementes, é o afeto que guiará a solução dos conflitos familiares. Para isso, os envolvidos precisam receber do Poder Judiciário estrutura e confiança nas técnicas empoderadoras da solução autocompositiva.

Uma grande conquista trazida pelo Código Civil de 2002 ocorreu quando o legislador convencionou que não haveria mais distinção entre os filhos advindos do mesmo casamento, adotados e nascidos fora da relação matrimonial, com o intuito de encerrar as desigualdades e as diferenças entre eles.

A partir do pensamento de Rolf Madaleno defende-se que a paridade entre os cônjuges servirá de alicerce para as resoluções autocompositivas dos conflitos, utilizando-se das técnicas da mediação e constelação familiar.

⁶ LOBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18.

2 Mediação de conflitos

A mediação de conflitos remete à análise da capacidade de a sociedade contribuir com a força normativa do Direito das Famílias. A autocomposição deve caminhar para uma cultura de dever social⁷. Atores sociais agindo como coadjuvantes do Direito das Famílias ao lado do Estado. Bobbio⁸ adverte que direito positivado-escrito não garante por si só sua consecução, para tanto é necessário ação e não somente intenção.

Está superada a ideia de que a autocomposição veio para resolver a crise (econômica e estrutural) no Poder Judiciário brasileiro, agravada pela cultura da litigiosidade. Nessa senda, Caúla, Souto e Rocha⁹ pontuam

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

⁷ “O dever de pacificação social do juiz ficou mais evidente no contexto no atual CPC. Os magistrados, mais do que não resistir às alternativas de desjudicialização dos conflitos, devem se posicionar no sentido de incentivar a solução consensual dos conflitos, vez que as várias mudanças de paradigma desencadeadas pelo princípio da consensualidade no processo civil atingiram também a função do magistrado”. 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, p. 135. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 60.

⁹ CAÚLA, Bleine Queiroz; SOUTO, Emanuelle Coelho de; ROCHA, Karine Menezes. Olhos de *lince* sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; CIAMMARICONI, Anna (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 17. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2021. INÉDITO.

vezes a negociação diretamente entre os envolvidos não é bem-sucedida.

Maria de Nazareth Serpa¹⁰ define a mediação

[...] um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste (a)os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes as suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas.

Frise-se que a mediação vem sendo utilizada em vários países como Estados Unidos, Inglaterra, Argentina, razão porque não ser a sua essência priorizar o desafogamento do Sistema de Justiça e sim fazê-lo funcionar nos parâmetros democráticos de participação social, senso de cidadania. É uníssona a adoção de meio eficaz e célere de resolver conflitos entre os particulares, a fim de desconcentrar as soluções das lides sob o manto do Poder Judiciário. Quando as partes do conflito assumem responsabilidade de administração da solução demonstram sociabilidade, maturidade, equilíbrio, serenidade, respeito e urbanidade¹¹.

Europa e as Américas mantêm um diálogo político, econômico e jurídico frequente e crescente. No entanto, os **transplantes normativos** nem sempre são possíveis, viáveis ou aplicáveis. Jorge Miranda, jurista português, chama a atenção para a **Comunicação de Sistemas Constitucionais** em que a construção de algumas

¹⁰ SERPA, Maria de Nazareth, **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990. p. 90.

¹¹ CAÚLA, Bleine Queiroz; SOUTO, Emanuelle Coelho de; ROCHA, Karine Menezes. Olhos de *lince* sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; CIAMMARICONI, Anna (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 17. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2021. INÉDITO.

Constituições tiverem espelho nas preexistentes, a CF/88 tem alguma comunicação com a portuguesa (1976) e a Espanhola (1978)¹². Oportuno frisar que o sistema judicial da Suécia é a última *ratio*. Aplica-se muita ao jurisdicionado que utilizar indevidamente o Poder Judiciário, mesmo que não configure litigância de má fé. A solução de conflitos entre os cidadãos suecos tem caráter de dever – razão de ser – e não de discricionariedade. **O dever de resolver o próprio conflito** tem fundamento na valoração e respeito ao direito de família – se famílias têm direitos que protejam, lapidem e valorizem. A família é um patrimônio que o Estado não pode dispor.

Insta citar a doutrina de Gico Júnior¹³ sobre a valoração do capital jurídico

No exercício de garantidor último das barganhas sociais, o Judiciário aplica e cria regras jurídicas que informam aos agentes econômicos como determinadas questões serão resolvidas, caso surjam conflitos e os Tribunais venham a ser invocados para resolvê-los. Esse conjunto de regras, que podem ter origem legislativa ou judicial, mas que, em última instância, dependem sempre da atividade adjudicatória, é chamado de capital jurídico. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, mais segurança sobre o resultado provável de conflitos e, portanto, mais preparados estarão seus integrantes para elaborar planejamentos de longo prazo e para cooperar. O acúmulo ótimo de capital jurídico seria, então, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico.

¹² Por ocasião da sua Conferência “Comunicação de Sistemas Constitucionais” na Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 14 junho de 2011 na solenidade de lançamento da obra “**O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes**”. MIRANDA, Jorge (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz (org.). Curitiba: Juruá, 2011.

¹³ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 163 f. Tese de Doutorado em Economia - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 44. Disponível em: http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

Sobre a demanda judicial, Gico Júnior¹⁴ pondera

Parece haver espaço para algum tipo de coordenação entre os Poderes que reduza essa demanda de forma mais célere e eficaz, mas, sem acesso a microdados, que informem quais são as principais questões envolvendo estes entes, se são autores ou réus, bem como a taxa de sucesso das ações como autor e como réu e outras informações acerca do padrão de litigância, não há como se identificar as reais causas dessa distribuição da demanda por serviços adjudicatórios.

Os princípios de celeridade e efetividade processual significam dizer que as diversas ações judiciais diariamente protocoladas fazem crescer a cultura autocompositiva. Dito de outro modo, aqueles que deram causa (voluntária ou involuntária) ao surgimento do conflito devem empenhar-se em resolvê-lo, aprender construtivamente e amadurecer socialmente. O juiz é o telespectador da decisão homologada. Dessa forma, o dever social de autocomposição de conflitos ganha credibilidade e respeito social para superar a cultura da judicialização (uma maneira de julgar-se incapacitado ao diálogo para a pacificação e bem-estar familiar).

2.1 A regulamentação da mediação (Leis nº 13.140/2015 e 13.105/2015)

O conflito é um evento natural e inerente à vida humana, pois as pessoas pensam de maneira diferentes, possuem atitudes distintas. No momento em que essas diferenças colidem instala-se o conflito. Dessa forma, as partes envolvidas procuram o Poder Judiciário na busca de que questões sejam resolvidas, porém muitas vezes o Sistema de Justiça não

¹⁴ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 163 f. Tese de Doutorado em Economia - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 93. Disponível em: http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

supre os reais interesses das partes. Ocasionalmente o juiz tenta julgar o processo de maneira geral, sem adentrar na raiz do problema.

No Brasil, a prática da mediação era realizada de forma bastante espontânea, sem lei que regulamentasse. A Universidade de Fortaleza – UNIFOR foi vanguardista ao instituir desde o ano de 2001 a disciplina de Soluções Extrajudiciais de Disputas no curso de Direito. Criou o Serviço de Solução Extrajudicial de Disputas – SESED para a realização de sessões de mediação ou conciliação, conduzidas por um professor, acompanhadas por dois graduandos de direito e um profissional da Psicologia. Os acordos eram assinados por um Defensor Público e enviados para a homologação de um juiz de Vara de Família, sem necessitar de audiência, exceto se o Ministério Público solicitasse.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 – norma vanguardista para a cultura da pacificação. Instala a Política Judiciária Nacional. Após a aprovação do Código de Processo Civil a Resolução foi atualizada.

Um dos grandes feitos da Resolução nº 125/2010 diz respeito à instalação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC, coordenados por magistrados e com a participação de servidores. Estabelece a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, passando a exigir a realização de cursos oficiais para a atuação como conciliadores e mediadores judiciais.

A aplicação da Resolução nº 125 de 2010 foi essencial para a mudança de mentalidade dos operadores de direito, que passaram a compreender como a mediação auxilia no acesso da população à justiça rápida e eficiente. O cidadão pode solicitar ao juiz que remeta sua demanda para a conciliação e mediação.

Após a tramitação de alguns projetos de lei para regulamentar a mediação, em 2015 o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.140¹⁵ –

¹⁵ 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

elege a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, e sobre a autocomposição de conflitos. De acordo com o parágrafo único do art. 1º “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Objetiva estimular a autocomposição dos conflitos e evitar a via litigiosa e, dessa forma, tornar efetivo os princípios do acesso à justiça, da celeridade e da efetividade processual. Para tanto, o texto normativo disciplina o procedimento e as técnicas, os princípios que conduzem o instituto, a prática da mediação judicial e extrajudicial e a possibilidade da utilização da mediação nos conflitos que envolvem a administração pública.

O art. 9º¹⁶ estabelece que qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação poderá funcionar como mediador extrajudicial, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

A pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional

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/113140.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁶ 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/113140.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, poderá atuar como mediador judicial, de acordo com o art. 11¹⁷.

O mediador (conversação) de conflitos assume posição diametralmente oposta à de juiz (decisão). No entanto, são parceiros na promoção da justiça social, pois não há hierarquia entre as funções. O mediador é o facilitador do diálogo entre os mediados. Deve permitir e estimular que as partes cheguem sozinhas à uma solução para a problemática, sem impor sua opinião. Cabe ainda ao mediador equilibrar as emoções expostas entre as partes, necessitando de equilíbrio emocional ao ouvi-las e detectar o real ponto conflituoso que envolve suas questões.

O Código do Processo Civil (CPC) recepcionou o que estava prescrito na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça de modo a estimular o uso das técnicas da mediação e da conciliação. Determina a todos os Tribunais de Justiça dos estados a criação de um Centro de Resolução de Consensual de Conflitos (CEJUSC)¹⁸ para a realização das audiências de conciliação e mediação (art. 165).

Outro destaque importante é a distinção do papel entre o mediador e conciliador. O CPC prevê que o conciliador atue em casos em que não exista vínculo com as partes, pode sugerir uma opinião para o fim do conflito, mas sem constranger ou intimidar as partes. Por outro lado, o mediador deverá atuar preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os conflitantes a compreenderem o motivo de seus conflitos para que possam restabelecer a comunicação e consigam sozinhos estabelecer qual a melhor forma de

¹⁷ 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/113140.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código do Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

solucionar o litígio, gerando benefícios para todos os envolvidos (art. 165, §§ 2º e 3º)¹⁹.

O legislador infraconstitucional atentou para a profissionalização de mediadores e conciliadores. O artigo 167 do CPC dispõe sobre a necessidade da inscrição dos mediadores no cadastro nacional e em cadastro do Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, e do cumprimento dos requisitos necessários para serem preenchidos para se tornar um mediador ou conciliador.

A Lei nº 13.140/2015 autorizar qualquer pessoa exercer a função de mediador, desde que faça o curso de formação, promovido pelo NUPEMEC e instituições parceiras, com certificação do CNJ (art. 11). Não há necessidade de formação em Direito. Entrementes, Dayse Braga Martins²⁰ em sua tese doutoral tece a crítica

Quanto à formação específica em autocomposição, não há o que se questionar; critica-se veementemente o preocupante requisito para atuar como mediador judicial de formação genérica em qualquer curso de ensino superior. Considera-se imprescindível o conhecimento em educação jurídica para o desenvolvimento das atividades de mediador e conciliador judiciais.

A autora²¹ faz uma analogia às carreiras jurídicas diretamente vinculadas ao processo judicial – Magistratura, Ministério Público,

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código do Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

²⁰ 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, p. 158. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 21 jan. 2021.

²¹ 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,

Advocacia Pública e Privada, Defensoria Pública e analista judiciário para defender que as carreiras da Magistratura e de analista são as que mais se aproximam das funções de mediador e conciliador judiciais.

[...], a se considerar a mediação e a conciliação serviços essencialmente públicos, que se confundem com a própria jurisdição por estar inseridos no processo judicial como seu fundamento, não há de se falar em terceirização; há sim necessidade de contratação por meio de concurso público, inclusive com sua inclusão na carreira dos servidores do Poder Judiciário.

O Código do Processo Civil inovou ao estimular a solução do litígio por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos, comprovando a transição da cultura litigiosa para a cultura autocompositiva. Entrementes, as leis nº 13.105/2015 e 13.140/2015 se complementam e têm como mister a não judicialização de qualquer conflito.

2.2 Conflitos familiares mediados

Para os conflitos familiares em que está preestabelecida a relação de intimidade, vínculos afetivos, emoções, a mediação é o método adequado para auxiliar os envolvidos na resolução de seus problemas familiares. Entrementes, no Poder Judiciário, essas questões emocionais não seriam devidamente avaliadas e trabalhadas. Não há o resgate do diálogo.

A mediação de conflitos não busca assumir o papel do Poder Judiciário, mas possibilita as partes tomarem suas decisões sem a imposição de um terceiro. Contribui para que os problemas familiares sejam dialogados para buscar a solução efetiva e afetiva. São as próprias partes que chegam a um consenso, pois são as verdadeiras conhecedoras

p. 163. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 21 jan. 2021.

de suas vidas e do conflito que trazem consigo. Cabe essencialmente a elas a tomada de decisão. O mediador familiar vai trabalhar apenas para facilitar a comunicação entre as partes para retomarem o diálogo, por vezes esquecido diante das brigas e discussões.

Observa-se também que a mediação familiar busca a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas de modo que, mesmo após o fim do vínculo conjugal, os entes familiares consigam estabelecer uma relação harmônica. Ela previne que a resolutividade ocorra por meio de processo judicial durante anos. Pode romper as mágoas para toda a família ao contrário do processo que por vezes estimula.

Não é prioridade a decisão partir do juiz e sim de os familiares encontrarem o equilíbrio para uma solução justa e harmônica. O número excessivo de ações de execução de alimentos representa a insuficiência da lei para fazer o direito se efetivar. A sentença exarada na ação de alimentos não garante o adimplemento da prestação alimentícia, pois nem sempre atende as reais necessidades das partes²².

A mediação pode facilitar que as pessoas envolvidas no conflito possam de uma forma se relacionar amigavelmente no futuro, segundo opinam Stella Breitman e Alice Costa Porto²³

Podemos dizer que a mediação familiar tem o poder de operar mudanças ou transformações, abrindo inúmeras portas e caminhos para que cada pessoa envolvida no processo de

²² A chamada justiça habitual, ao prolatar a sentença de mérito, impõe às partes a figura do perdedor e do ganhador, o que implica dizer que, na maioria das vezes, estas continuam com a mesma relação que desencadeou a demanda. Ver STANGHERLIN, Camila; RANGEL, Rafael Calmon. O conflito e a mediação nas relações de direito de família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do Novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.); DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. ger.). **Justiça multipartas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 663-681.

²³ BREITMAN Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 67.

mediação escolha o percurso mais conveniente a si e ao seu adversário, na situação conflitiva naquele momento.

O Direito das Família tem suas peculiaridades, necessita de cuidados especiais. A mediação de conflitos, com seus princípios norteadores, é aplicável para solucionar melhor os problemas de origem familiar, fazendo com que os envolvidos tornem-se aliados e não adversários durante a resolução de seus problemas, e assim busquem conjuntamente uma solução pacífica.

São justamente nos conflitos familiares que manifestam sentimentos como vingança, ódio e rancor, com isso a mediação busca equilibrar os envolvidos a encontrarem a origem desses sentimentos. A mediação familiar proporciona a aproximação entre as partes conflitantes com o intuito de fazer com que elas consigam exercitar o dom da escuta.

3 Constelação familiar – a busca de uma justiça interdisciplinar

O Estado Democrático de Direito ganha espaço com o amadurecimento da sociedade, o uso das tecnologias, a Era da informação, a cidadania em ação. Iniciou-se um processo de intervenção estatal na vida das pessoas de modo que os conflitos existentes na sociedade passaram a ser resolvidos por meio de sua jurisdição.

O modelo jurisdicional para a solução de conflitos é até hoje o mais usado pela sociedade brasileira. O volume processual ainda tende a crescer, mas o Sistema de Justiça tem recepcionado a interdisciplinaridade da gestão de resolução de conflitos²⁴. É uma tarefa

²⁴ Sobre o foco da administração da justiça em resolver disputas “afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente positivadas e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas àqueles interesses juridicamente tutelados, mas também a outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social” ver AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

que envolve todos os tribunais brasileiros. Dito de outro modo, administrar o conflito não apenas pela instrumentalidade da lei.

A necessidade de divulgação, implementação e aperfeiçoamento dos métodos preferenciais de resolução de conflitos é realidade límpida e incontroversa do Poder Judiciário e da sociedade brasileira. Nesse cenário, recentemente a Constelação Familiar se apresenta como uma proposta de intervenção que traz benefícios tanto para as famílias como para o próprio Sistema de Justiça, resultando em celeridade dos processos e satisfação das partes, visto que os conflitos vivenciados pelas famílias são projetados em todas as relações pessoais, e os espaços de resolução ainda não compreendem os problemas em sua profundidade, pois eles vêm do inconsciente e seguem na busca de soluções quer seja nos serviços, consultórios médicos e atendimentos em saúde mental, no setor policial e judiciário, nas escolas e nas organizações, todas essas questões são demandas das famílias.

A família é célula social e a base de todas as relações. Nessa perspectiva, a prática da constelação familiar abre caminho para a observância às leis sistêmicas e à paz social. Hoje é traduzida como a ciência dos relacionamentos (*Hellinger Sciencia*), que busca a conciliação, se propondo como forma de chegar a questão central que gerou os conflitos, olha para as demandas que por vezes estão a ocultar o essencial. Segundo Azevedo²⁵

[...] uma forma mais humanizada de condução da desavença vivenciada, **transformando a situação conflituosa em uma abertura de pensamentos e sentimentos** que envolvem o assunto discutido, o que irá possibilitar o desenvolvimento da cooperação entre os indivíduos e o comando do instrumento decisório que engloba o litígio versado pelos mesmos. (grifou-se).

²⁵ AZEVEDO, Victória Ramalho da Costa. **Análise jurídica dos efeitos da constelação familiar nas ações de família**. 2020. Monografia (Curso de Direito) - Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza. p. 26.

Na técnica da constelação familiar há o auxílio de representantes das partes envolvidas e de membros de suas famílias para que, a partir de suas posturas, frases e encenações, possam visualizar a dinâmica oculta que conduzem os sujeitos nas situações que estão vivenciando, movidas pelos atos inconscientes e condutas adotadas pelos seus antepassados familiares²⁶.

Beckenkamp e Brandt²⁷ lecionam

é um modelo psicoterápico tendo como objeto principal de estudo a energia e as emoções, que são acumuladas por todos os seres humanos e mediante uma abordagem de forma sistêmica, acaba gerando a compreensão de todos os fatores que se encontram envolvidos no conflito.

Nessa senda, o essencial na constelação familiar é promover a expansão da consciência e com isso, cada pessoa envolvida olha não só para a sua parte. Assim, não são determinados culpados ou inocentes, mas pessoas com um passado, uma história, uma motivação inconsciente para proceder de determinada maneira a gerar o conflito.

Consciente de sua cota de responsabilidade, as pessoas desenvolvem uma nova postura diante das circunstâncias, equilibram o dar e o receber, convencionam os interesses por um bem maior – o bem-estar da família. E a partir dessa postura muitas vezes declinam e não seguem em frente com os processos diante de toda a carga emocional que está implícita nas inúmeras causas levadas à justiça.

²⁶ Ver AZEVEDO, Victória Ramalho da Costa. **Análise jurídica dos efeitos da constelação familiar nas ações de família**. 2020. Monografia (Curso de Direito) - Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza. p. 27.

²⁷ BECKENKAMP, Cristine; BRANDT, Fernanda. O direito sistêmico: a aplicação das técnicas de constelação familiar para tratamento dos litígios nas varas de família. In: **XVI seminário internacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, XII mostra internacional de trabalhos científicos da UNISC**, 2019, Santa Cruz do Sul. UNISC, 2019. p. 02. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/nais/index.php/sidspp/article/view/19650/1192612364>. Acesso em: 30 jan. 2021.

As Leis Sistêmicas, chamadas por Bert Hellinger de Ordens do Amor exercem papel fundamental no equilíbrio e manutenção do sistema familiar. Essas ordens são compostas por três leis: Pertencimento, Hierarquia e Equilíbrio entre dar e receber. A partir dessa abordagem, cada ser humano possui um lugar dentro de seu sistema familiar, pertencer é a primeira lei.

Pertencer é antes de tudo um sentimento natural, uma necessidade de qualquer ser humano. Todos os membros de um sistema têm o mesmo direito de pertencer, independente de idade, sexo, profissão, raça/cor, escolhas, destinos, infortúnios ou virtudes, inclusive os filhos abortados e os parceiros anteriores ao casamento, além das pessoas que beneficiaram direta ou indiretamente a família.

Quando ocorre uma exclusão no sistema familiar causa um desequilíbrio. Essa situação passa a ser vivida por um descendente, sem que necessariamente ele tenha conhecimento ou afinidade com o antepassado excluído.

A segunda lei é a hierarquia, os mais velhos merecem ser olhados com muito respeito e cuidado, pois foi através deles que a família veio se mantendo. Quem veio antes é mais importante, por conseguinte, os pais são mais importantes que os filhos, o irmão mais velho é mais importante que o irmão seguinte, o parceiro anterior terá sempre o seu lugar.

O respeito sistêmico transcende os limites da razão individual. Isso quer dizer que podemos reconhecer situações onde os mais velhos apresentam comportamentos negativos e tomam decisões inconsequentes, mas podemos, apesar disso, respeitar a pessoa sem necessariamente concordar com ela ou acatar aquilo que é imposto por ela.

A Lei do dar e receber, também chamada de Lei do Equilíbrio de Troca, foi observada nos grupos sociais por Bert Hellinger, como algo de fundamental importância para o funcionamento e manutenção dos sistemas de uma forma geral. Todo ser é dotado da capacidade de troca, oferecendo a outros seus dons, capacidades e habilidades e recebendo daqueles o que for importante para satisfazer suas necessidades de

sobrevivência, crescimento e desenvolvimento. Uma relação equilibrada, quando ambas as pessoas compartilham mutuamente, dando e recebendo aquilo que cada um é capaz, é uma relação que promove o amadurecimento a liberdade e o bem-estar²⁸.

Para o Hellinger²⁹

O indivíduo sente permanentemente em si o conflito entre diferentes emoções, necessidades e instintos. Embora importantes, eles só podem impor-se e alcançar suas metas à medida que se respeitarem e se compatibilizarem entre si. Nesse processo eles ganham algo, mas também precisam renunciar a algo, pelo bem do todo maior. Quando eles estão balanceados entre si, sentimo-nos bons e em paz. Mas enquanto estiverem em conflito, permanecendo indefinidos seus limites e suas possibilidades.

Uma das possibilidades dentro da constelação familiar é o direito sistêmico, que se apresentou para questões problemáticas que envolvem o direito das famílias, sendo utilizada antes mesmo das sessões de conciliação e mediação. Formalmente foi introduzida no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2012, embora utilizada há mais tempo pelo juiz Sami Storch. O magistrado aplica técnicas de constelações familiares sistêmicas, obtendo bons resultados na facilitação das conciliações e na busca de soluções que tragam paz aos envolvidos nos conflitos submetidos às Varas de Família, Sucessões, Infância e Juventude e também na área criminal, mesmo em casos considerados bastante difíceis³⁰.

²⁸ GONÇALVES, Fernando AB.; TESCAROLLI, Lilian. **As Leis Sistêmicas, chamadas por Bert Hellinger de Ordens do Amor**. s.a. Disponível em: http://www.carpesmadaleno.com.br/gerenciador/doc/09e7d4994e8515df65380e9e0a690b48leis_sistemicas.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

²⁹ HELLINGER, Bert. **O Amor do Espírito na Hellinger Ciencia**. Trad. Filipa Richter, Lorena Richter, Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2018.

³⁰ STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. **CONJUR**. 2018. Disponível em: <https://www.coniur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 24 jan. 2021.

Alguém quer entender e solucionar um problema pessoal com a ajuda das Constelações familiares, ou um problema de relacionamento com um parceiro ou na família ou com uma criança, vê-se imediatamente qual é a consciência que está mais envolvida, criando e mantendo o problema e percebemos o que esse problema exige do indivíduo e de sua família, para que haja uma solução. Necessário observar as diferentes consciências unidas umas às outras a serviço de nossos relacionamentos. Elas trabalham juntas, uma após a outra, e se complementam, de forma que precisamos ver que um problema e a sua solução estão relacionados a mais de uma consciência e, no final, a todas elas³¹.

Atualmente 24 (vinte e quatro) Estados brasileiros têm Comissões de Direito Sistêmico. Em 2019 foi realizado o primeiro Congresso de Direito Sistêmico do Brasil, apresentando resultados de experiências exitosas da implementação da Constelação Familiar no Judiciário.

Quando se relata sobre os conflitos familiares, sendo a família a base da sociedade, existe um método que se destaca para auxiliar a resolver este tipo de conflito, consagrado por meio de uma análise do direito sistêmico, utilizando-se de um método terapêutico, baseado em leis sistêmicas, designadas, como as leis do amor, sendo que estas estão a exprimir, como o afeto pode gerar diversos efeitos em um núcleo familiar, podendo resultar em relacionamentos afetivos pacíficos ou conflituosos.

Para Ursula Franke³² a constelação familiar funciona da seguinte forma:

As constelações possibilitam olhar para as dinâmicas do sistema familiar, os ‘emaranhamentos sistêmicos’ (Hellinger) ou ‘vínculos invisíveis’ (Boszormenyi-Nagy), que atuam além de um nível biográfico. Esses ‘níveis de ordem arcaicos’ (Madelung) representam uma dimensão mais abrangente e, na maioria das vezes, não é consciente.

³¹ HELLINGER, Bert. **O Amor do Espírito na Hellinger Ciencia**. Trad. Filipa Richter, Lorena Richter, Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2018. p. 56.

³² FRANKE, Ursula. **Quando fecho os olhos vejo você: as constelações familiares no atendimento individual e aconselhamento: um guia para prática**. 2. ed. Goiânia: Atman, 2012.

Entretanto, ele sente seus efeitos. Em um grupo de constelação familiar ele acessa essa ordem arcaica através das percepções e afirmações dos representantes. Essas afirmações não surgem do nível biográfico do cliente e sim, do nível fenomenológico. Os representantes não estão ligados ao sistema familiar do cliente e, na maioria das vezes, possuem poucas informações sobre o mesmo. Mesmo assim pode oferecer afirmações claras sobre o nível da ordem e descrever as relações e suas qualidades. Suas reações físicas fornecem indicações sobre as dinâmicas que não são conscientes ao cliente e que ele mesmo não consegue reconhecer.

Por ter abordagem coletiva, na forma de palestras vivenciais, ocupa relativamente pouco tempo e atinge simultaneamente as partes envolvidas em algumas dezenas de processos. Quando da realização das audiências de conciliação, os acordos acontecem de forma rápida e até mexem muito com as emoções de todos, mexer com as emoções não vividas, trazer à tona a essência da questão, promove maiores percentuais no que diz respeito a conciliação.

Segundo Storch³³, por meio de questionários respondidos após a audiência de conciliação por pessoas que participaram das vivências de constelações, foram obtidas as seguintes respostas: 59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita; 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito; 77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito; 71% disseram ter havido

³³ STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. **CONJUR**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 24 jan. 2021.

melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%; 94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho.

Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora; 76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos; 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais³⁴.

Dessa forma, as pesquisas preliminares indicam que a prática contribui não apenas para o aperfeiçoamento do Sistema de Justiça, mas também para a qualidade dos relacionamentos nas famílias – que, com maior habilidade para lidar com os conflitos, podem viver em paz e assim proporcionar um ambiente familiar saudável para o crescimento e desenvolvimento dos filhos, conseqüentemente há uma melhora nos relacionamentos em geral e a redução dos conflitos na comunidade.

Considerações finais

1. O processo de transformação das famílias tem influência de fatores políticos, econômicos e sociais. As Famílias contemporâneas têm novas estruturas e a elas se voltam novos olhares sociais e jurídicos para a forma de se relacionarem com o Estado. O Sistema Jurisdicional tem

³⁴ STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. **CONJUR**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 24 jan. 2021.

que acompanhar a evolução e superar a solução meramente técnica dos problemas familiares.

2. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 foram essenciais na formação dessas novas estruturas familiares, pois estabeleceu a igualdade entre os filhos e a obrigatoriedade dos deveres para pais e mães.
3. Os conflitos familiares (divórcio, pensão alimentícia entre cônjuges ou para filhos, guarda de filhos) carregam elevada carga afetiva e emocional. Com o passar dos anos e a complexidade das famílias mosaico o Poder Judiciário se viu inábil para manter o modelo tradicional de acesso à justiça.
4. Resolução nº 125 do CNJ é a norma vanguardista para a cultura da pacificação. Instala a Política Judiciária Nacional. Sua aplicação foi essencial para a compreensão de que a mediação auxilia no acesso da população à justiça rápida e eficiente. Entrementes, a título de considerações do estudo, é equivocada a ideia de que a autocomposição veio para resolver a crise (econômica e estrutural) no Poder Judiciário brasileiro. A cultura da autocomposição ganha espaço não para desafogar o Sistema de Justiça, mas como um “dever social” que não pode ter o Estado como protagonista.
5. As leis nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e 13.140/2015 (Lei da Mediação) se complementam e têm como *mister* a desjudicialização de qualquer conflito, com ênfase nos familiares. Abriu-se o caminho para um Justiça Interdisciplinar.
6. Constata-se que a mediação é a técnica eficiente e aplicável às questões familiares – mediados têm vínculos preestabelecidos – de modo que cheguem à raiz do conflito por meio do diálogo com predominância da autonomia da vontade e obtenham soluções mais bem-sucedidas e respeito aos laços familiares. O mediador funciona apenas

como um facilitador da comunicação. A mediação de conflitos remete à análise da capacidade de a sociedade contribuir com a força normativa do Direito das Famílias.

7. A constelação familiar é utilizada antes mesmo das sessões de conciliação e mediação. Introduzida formalmente no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2012. Pode auxiliar a mediação, pois previamente são identificados quais os reais problemas da disputa, dessa forma aumentam consideravelmente as chances de acordo. Na constelação não são apontados culpados ou inocentes, mas pessoas com história, passado, uma motivação inconsciente para proceder de determinada maneira a gerar o conflito. Busca, então, promover a expansão da consciência e com isso, cada pessoa envolvida olha para a sua parte, sua cota de participação/envolvimento e de responsabilidade pela solução.
8. Propõe-se que no futuro breve os editais dos concursos para o ingresso na carreira da magistratura prevejam a capacitação em mediação, constelação familiar e psicologia jurídica **para os aprovados a serem nomeados para as Varas de Famílias**. O Poder Judiciário, não menos que os poderes Legislativo e Executivo, é responsável pela promoção da paz social. A Justiça Interdisciplinar é permeada por técnicas metajurídicas de autocomposição de conflitos.
9. A crise do Poder Judiciário não tem como maior vilão a litigiosidade. A tese “A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário”, defendida por Ivo Teixeira Gico Júnior, no doutorado em Economia da Universidade de Brasília, ano 2012, aponta a luneta para o Sistema Judicial e suas imperfeições. Precisa ser revisto e remodelado. Falta pensar a “logística jurisdicional” e a valoração do capital jurídico, tal como faz o Sistema Judicial da Suécia, a título de bom exemplo.

Referências

AZEVEDO, Victória Ramalho da Costa. **Análise jurídica dos efeitos da constelação familiar nas ações de família**. 2020. Monografia (Curso de Direito) - Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11-29.

BECKENKAMP, Cristine; BRANDT, Fernanda. O direito sistêmico: a aplicação das técnicas de constelação familiar para tratamento dos litígios nas varas de família. *In*: **XVI seminário internacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, XII mostra internacional de trabalhos científicos da UNISC**, 2019, Santa Cruz do Sul. UNISC, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19650/1192612364>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**. Brasília DF, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Brasília DF, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/>

arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Lei da Mediação e novo CPC reforçam acerto da Resolução 125 do CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 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. Brasília-DF, nov. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, 13 de jul. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A,

e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 jan. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código do Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BREITMAN Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CAÚLA, Bleine Queiroz; SOUTO, Emanuelle Coelho de; ROCHA, Karine Menezes. Olhos de *lince* sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; CIAMMARICONI, Anna (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 17. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2021. INÉDITO.

FRANKE, Ursula. **Quando fecho os olhos vejo você**: as constelações familiares no atendimento individual e aconselhamento: um guia para prática. 2. ed. Goiânia: Atman, 2012.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 163 f. Tese de Doutorado em Economia - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

GONÇALVES, Fernando AB.; TESCAROLLI, Lilian. **As Leis Sistêmicas, chamadas por Bert Hellinger de Ordens do Amor**. s.a. Disponível em: http://www.carpesmadaleno.com.br/gerenciador/doc/09e7d4994e8515df65380e9e0a690b48leis_sistemicas.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

HELLINGER, Bert. **O Amor do Espírito na Hellinger Sciencia**. Trad. Filipa Richter, Lorena Richter, Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2018.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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/uol/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PACHECO, Ana Lúcia Paes Barros. **Mulheres pobres e chefes de família**. 2005. Tese de Doutorado em Psicossociologia de comunidades e ecologia social - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://pos.eicos.psicologia.ufrj.br/wp-content/uploads/analuciapaespacheco.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SERPA, Maria de Nazareth, **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

STANGHERLIN, Camila; RANGEL, Rafael Calmon. O conflito e a mediação nas relações de direito de família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do Novo Código de Processo Civil. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.); DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. ger.). **Justiça multiportas**: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 663-681.

STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. **CONJUR**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistematico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 24 jan. 2021.

A soberania alimentar como política constitucional e garantia do direito fundamental à alimentação

Food sovereignty as a constitutional policy and a guarantee of the right to food

Milena Petters Melo*

Thiago Burckhart*

Antonio Carlos Marchiori*

Resumo: Partindo da teoria da constituição e da comparação constitucional e utilizando o método comparatístico em chave dialógica, este artigo, que apresenta resultados parciais de pesquisas sobre as políticas constitucionais no século XXI, desenvolvidas no âmbito dos projetos de cooperação interinstitucional e internacional da nossa Universidade, tem por objetivo fornecer subsídios teóricos para reflexão crítica sobre o direito à alimentação e a soberania alimentar, focalizando o contexto latino-americano e duas recentes Constituições: a Constituição do Equador, de 2008, e a Constituição da Bolívia, de 2009. Para tanto, o artigo subdivide-se em três tópicos: 1. O direito à alimentação, segurança e soberania alimentar; 2. Aportes da comparação

* Doutora em Direito pela Università del Salento (UNISALENTO, Itália). Professora Titular de Direito Constitucional e Direitos Humanos e Sustentabilidade da Universidade Regional de Blumenau (FURB, Brasil). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER, FURB). Coordenadora para a Área Lusófona do Centro Euroamericano sulle Politiche Costituzionale (CEDEUAM, Itália). E-mail: milenapetters@furb.br.

* Doutorando em Diritto Comparato e Processi di Integrazione pela Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (UNICAMPANIA, Itália). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador do Centro Euroamericano Sulle Politiche Costituzionale (CEDEUAM, Itália/Brasil). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER, FURB). E-mail: thiago.burckhart@outlook.com.

* Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor de Direito Constitucional na FURB. Pesquisador do CONSTINTER. Advogado.

constitucional: o direito à alimentação e soberania alimentar no Estado de Bem viver; 3. Desafios e riscos para a soberania alimentar na América Latina.

Palavras-chave: Constitucionalismo do Século XXI. Direito fundamental à alimentação. Soberania alimentar. Direitos Fundamentais. Políticas Constitucionais.

Abstract: Taking in consideration the perspective of constitutional theory and the field comparative constitutional law, using the comparative method in a dialogical approach, this article, which presents partial outcomes of researches in progress regarding constitutional policies on the 21st century, aims to provide theoretical efforts for a critical reflection on the right to food and food sovereignty, focusing the Latin American context and two recent constitutions: Constitution of Ecuador (2008) and Constitution of Bolivia (2009). Therefore, the article is divided in three sections: 1. The fundamental right to food, food security and food sovereignty; 2. Efforts from comparative constitutional law: right to food and sovereignty in the State of *Buen Vivir*; 3. Challenges and risk factors for food sovereignty in Latin America.

Keywords: 21st Century Constitutionalism. Fundamental right to food. Food sovereignty. Fundamental rights. Constitutional policies.

Introdução

Em consonância com o desenvolvimento dos direitos humanos no plano internacional, em específico com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito à alimentação é um direito humano, sendo necessário que Estados e sociedades atuem no sentido de sua concretização, ou seja, que operem sinergicamente para a garantia do efetivo acesso aos bens tutelados neste direito e para satisfação das necessidades que comporta. Entretanto, o direito fundamental à alimentação não trata somente do direito a ter acesso ao alimento, deve

ser analisado e efetivado na perspectiva da soberania alimentar, considerando as especificidades ambientais, sociais, culturais e econômicas de cada comunidade no seu contexto. A soberania alimentar implica que as comunidades, nações e povos devam ser autossustentáveis quanto à produção e consumo de alimentos plenamente saudáveis e apropriados aos seus respectivos modos de vida.

O reconhecimento do direito à alimentação e à soberania alimentar gera uma série de implicações no plano das ações políticas e das políticas constitucionais para a sua concretização, que seguem no sentido de atuar para assegurar alimentação adequada a todos, presentes e futuras gerações e, portanto, garantir a sustentabilidade socioambiental e a equidade intergeracional. Algo particularmente problemático no contexto dos processos de globalização e no contexto internacional atual, onde as tensões tendem a se resolver através da substituição da política pelo tecnicismo economicista, propiciando que multinacionais e grandes corporações estabeleçam monopólio ou oligopólio na produção agrícola, na distribuição e na definição dos parâmetros de consumo. É especialmente neste contexto que a garantia do direito à alimentação se torna uma questão de soberania nos Estados democráticos.

As adjetivações da soberania, enquanto soberania alimentar e também como soberania energética, introduzidas por Constituições do século XXI, como é o caso da Constituição do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, representam uma inovação para a teoria da constituição e uma grande questão para o constitucionalismo do novo milênio, nos seus níveis múltiplos, nas suas interações com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e com os sistemas regionais e nas suas interações com os processos de globalização. Da mesma forma que são grandes os desafios que deverão ser enfrentados, tanto no plano político-institucional quanto social e econômico, para dar efetividade ampla e irrestrita ao direito à alimentação e colmar a distância entre a norma e a realidade, entre o plano do “dever-ser” e do “ser” constitucional, nos países que consagraram este direito fundamental.

Partindo da teoria da constituição e da comparação constitucional e utilizando o método comparatístico em chave dialógica, este artigo, que apresenta resultados parciais de pesquisas sobre as políticas constitucionais no século XXI, desenvolvidas no âmbito dos projetos de cooperação interinstitucional e internacional da nossa Universidade, tem por objetivo fornecer subsídios teóricos para reflexão crítica sobre o direito à alimentação e a soberania alimentar, focalizando o contexto latino-americano e duas recentes Constituições: a Constituição do Equador, de 2008, e a Constituição da Bolívia, de 2009. Para tanto, o artigo subdivide-se em três tópicos: 1. O direito fundamental à alimentação, segurança e soberania alimentar; 2. Aportes da comparação constitucional: o direito à alimentação e soberania alimentar no Estado de Bem viver; 3. Desafios e riscos para a soberania alimentar na América Latina.

1 O direito fundamental à alimentação, segurança alimentar e soberania alimentar

A alimentação é uma necessidade básica de cada pessoa e de toda a humanidade. Do ponto de vista da universalidade dos direitos humanos no plano internacional pode-se afirmar que a alimentação é um direito de todos os indivíduos e comunidades, sem haver grandes discussões axiológicas sobre sua aplicabilidade universal, sobretudo em razão de sua essencialidade para a manutenção da vida humana. Nesse sentido, o acesso à alimentação é, efetivamente, o que possibilita a tutela dos outros diversos direitos humanos e fundamentais, bem como o direito de imanência, de ser e de estar no mundo, sendo a sua privação a negação de todos os demais direitos.

A alimentação e suas formas culturais acompanham o desenvolvimento das diferentes sociedades que compõem a humanidade. Constantemente a humanidade conviveu e convive, apesar de que hoje

de forma menos acentuada, com o labor, ou seja, o trabalho gasto com o processo biológico que inclui a produção de alimentos¹.

Como observava Hannah Arendt, o trabalho, o labor e a ação são expressões da *vita activa*, ou seja, as atividades fundamentais relativas às condições básicas mediante as quais a vida se desenvolve na terra². Nesta perspectiva, o labor assegura não somente a sobrevivência vital do indivíduo, mas também a vida de toda a espécie. Assim, desde que as sociedades abandonaram o sistema extrativista, com o desenvolvimento da agricultura, dos modos de produção e da “civilização” (com todos os problemas que o conceito comportou e comporta) a alimentação das pessoas e coletividades passou a se relacionar com a produção, distribuição e consumo, figurando, portanto, dentre as grandes questões sociais e econômicas no modelo de desenvolvimento nas distintas sociedades.

No plano internacional, a alimentação é reconhecida como um direito humano. A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 25, 1, que toda pessoa tem o direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação. Nesse sentido, buscando dar efetividade à Declaração³, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também prevê o direito à alimentação, associando-o ao direito a um nível de vida suficiente para si e para sua

¹ Seguindo a trilha de Hanna Arendt, pode-se afirmar que o labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio tem a ver com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo da vida. A condição humana do labor é a própria vida. Cf. ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 15.

² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 15.

³ Para aprofundamentos, consultar TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

família (artigo 11). O Pacto avança na previsão de comprometimento dos Estados-parte no sentido de reconhecer o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotando individualmente ou por meio da cooperação internacional, as medidas necessárias incluindo programas concretos. Os programas devem visar a melhoria nos métodos de produção, de conservação e distribuição de alimentos, pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais; além disso, os programas também devem assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto nos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares (artigo 11).

O reconhecimento do direito humano à alimentação tanto no plano internacional quanto nacional implica algumas pré-compreensões, que seguem no sentido de afirmar que: (a) o direito fundamental à alimentação constitui um direito de imediata prestação por estar intimamente relacionado ao direito à vida e inerente à manutenção do padrão de vida satisfatório, este direito decorre diretamente da dignidade da pessoa humana; (b) o direito fundamental à alimentação, como qualquer outro direito fundamental, impõe três tipos ou níveis de obrigações aos Estados: as obrigações de respeitar, proteger e realizar; (c) o Estado deve adotar todos os meios apropriados, incluindo as medidas legislativas pertinentes, bem como a previsão de remédios judiciais para a concretização, efetivação e fruição do direito fundamental à alimentação⁴.

⁴ CARVALHO, Osvaldo. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. *In*: ESTORNINHO, Maria João (org.). **Estudos de direito da alimentação**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 50.

Nesta mesma esteira, o reconhecimento do direito à alimentação na esfera global possibilita a emergência de um novo conceito, o de segurança alimentar.

A expressão “segurança alimentar” nasce no contexto do final da Primeira Guerra Mundial. Isso porque a Primeira Grande Guerra Mundial havia deixado claro para as várias nações que o abastecimento alimentar se poderia tornar uma poderosa arma contra as nações mais frágeis que não dispusessem de meios de prover a sua própria subsistência. Nesse sentido, o abastecimento alimentar viria a adquirir contornos semelhantes à própria segurança nacional, pois a soberania de uma nação poderia ficar comprometida, caso ela não detivesse capacidade de autoprovisão de alimentos e de matérias-primas. Foi, pois, neste cenário pós-bélico que o termo segurança alimentar começou a ser usado, identificando-a como um dos requisitos da soberania⁵. Nesse contexto, a segurança alimentar e nutricional significa “a garantia de condições de acesso aos alimentos básicos, seguros e de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais”⁶.

A previsão do direito humano à alimentação no plano internacional abriu as portas para seu reconhecimento no plano nacional como direito fundamental. Muitos países atualmente reconhecem o direito fundamental à alimentação em suas Constituições, como o

⁵ COSTA, Sara Santos. Segurança Alimentar: do direito europeu ao direito nacional a transferências dos poderes de decisão. *In*: ESTORNINHO, Maria João (org.). **Estudos de direito da alimentação**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 85. Também sobre os conceitos de segurança e soberania alimentar no debate internacional: GORDILLO, Gustavo; MENDES-JERÓNIMO, Obed. **Food security and sovereignty**: base document for discussion. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2013.

⁶ FREITAS, Maria do Carmo Soares de; PENA, Paulo Gilvane Lopes. Segurança alimentar e nutricional: a produção do conhecimento com ênfase nos aspectos da cultura. **Revista de Nutrição**, Campinas, 20 (1): 69-81, jan./fev., 2007. p. 70.

Brasil⁷, Espanha e Portugal. Algumas Constituições, como do Equador (2008) e Bolívia (2009), tratam o direito à alimentação expressamente em termos de soberania alimentar no quadro da interculturalidade, reconhecendo peculiaridades e oferecem, portanto, contribuições interessantes para a tutela do direito à alimentação no contexto da sustentabilidade socioambiental, do desenvolvimento local, da economia solidária, das relações interculturais e da equidade intergeracional.

A soberania alimentar pode ser entendida como a capacidade dos Estados, comunidades, povos, sujeitos e nações, de gestão agrícola, interação com o meio ambiente e regulação da produção, armazenamento, distribuição e consumo de alimentos. De modo geral, os Estados possuem soberania alimentar na medida em que podem escolher o nível de proteção jurídica que entendam ser o mais adequado. Essa escolha nos Estados democráticos, entretanto, deve se coadunar com o direito internacional dos direitos humanos que impõem limitações ao poder discricionário dos Estados⁸. No quadro da interculturalidade que caracteriza muitos dos Estados latino-americanos, a soberania alimentar deve dialogar com as especificidades das diversas subjetividades e comunidades, com suas tradições e artefatos culturais, seus modos de viver, produzir, consumir e se relacionar com a natureza.

⁷ No Brasil, resultante de amplo processo de mobilização social, em 2010 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 64, que inclui a alimentação no artigo 6º da Constituição Federal.

⁸ Cf. POSTELNICU-REYNIER, Anamaria. L'OMC, la souveraineté alimentaire et le cadre international des stratégies juridiques de sécurité alimentaire. In: SNYDER, Francis. **Sécurité Alimentaire International et Pluralisme Juridique Mondial**. Bruxelles: BRUYLANT, 2004. p. 136. A propósito, é oportuno observar que “A alimentação é um tema sensível para qualquer Estado, portanto, a preocupação em garantir tanto a segurança alimentar quanto a segurança dos alimentos deve ser conciliada com as obrigações que decorrem dos tratados internacionais entre os Estados. Esses tratados não devem, contudo, afetar a discricionariedade dos Estados na proteção de seus cidadãos”, POSTELNICU-REYNIER, Anamaria. L'OMC, la souveraineté alimentaire et le cadre international des stratégies juridiques de sécurité alimentaire. In: SNYDER, Francis. **Sécurité Alimentaire International et Pluralisme Juridique Mondial**. Bruxelles: BRUYLANT, 2004. p. 128.

2 Aportes da comparação constitucional: o direito à alimentação e soberania alimentar no Estado de Bem Viver

No constitucionalismo do século XXI se destacam as Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009 que introduzem interessantes inovações especialmente no que toca a proteção da biodiversidade e da diversidade cultural no quadro da interculturalidade⁹, incorporando aos textos constitucionais elementos das cosmovisões indígenas, o que levou a se falar de um “novo constitucionalismo” na América Latina¹⁰ e de um novo modelo de Estado: o “Estado de bem viver”¹¹. Considerando a acentuada atenção à proteção da

⁹ A propósito e para aprofundamentos: MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago Rafael. O constitucionalismo da diversidade: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. *In*: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGUER, Raquel. **Políticas Constitucionais e Sociedade**. v. 1. Curitiba: Prismas, 2016. p. 49-78; BURCKHART, Thiago Rafael; MELO, Milena Petters Melo. Entre igualdade e pluralismo: o constitucionalismo da diversidade na América Latina. **Quaestio Iuris**, v. 12, n. 4, 2019, p. 1-22.

¹⁰ Para a reflexão nesse sentido: PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? *In*: **VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional**: Constituciones y principios. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010; MELO, Milena Petters. Neconstitucionalismo e “Nuevo Constitucionalismo” in América Latina. *In*: **Diritto Pubblico Comparato ed Europeu**. Torino: Giapicchelli Editore, 2012. p. 342-354; MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latinoamericano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 57-85; BURCKHART, Thiago Rafael. **O constitucionalismo na América latina**: a refundação do Estado e as epistemologias do Sul. Curitiba: Prismas, 2016.

¹¹ A propósito e para aprofundamentos, consultar: ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar novos mundos. São Paulo, Elefante: 2016; FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano (coord.). **Vivir bien**: ¿paradigma no capitalista?. Bolivia: CIES-UMSA; Sapienza Università di Roma; Oxfam, 2011; FRANCISCO, Hidalgo Flor. Buen vivir, Sumak Kawsay: Aporte contrahegemónico del proceso andino. *In*: **Utopía y Praxis Latinoamericana**, v. 16, núm. 53, abr/jun, 2011; GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir más allá del desarrollo. *In*: **Quehacer**. Equador: Desco, 2011; PORTERO, Carolina Silva. ¿Qué es el ben vivir em la Constitución. *In*: SANTAMARÍA,

biodiversidade, que reconhece à natureza a titularidade de direitos, no plano da teoria constitucional fala-se de uma “virada biocêntrica”¹² na passagem do Estado de Direito Ambiental ou Estado Constitucional Ambiental¹³ ao “Estado de Bem Viver”.

Neste contexto, a Constituição do Equador ao abordar os direitos de bem-viver, logo no início da Constituição, estabelece que as pessoas possuem o direito ao acesso seguro e permanente a alimentos saudáveis, suficientes e nutritivos, sendo preferível optar por alimentos produzidos em nível local e em correspondência com suas diversas identidades e tradições culturais, como deflui do seu artigo 13. Este mesmo artigo prevê que o Estado equatoriano deverá promover a soberania alimentar.

Ramiro Ávila (editor). **La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y del derecho comparado**. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 2008; QUIJANO, Aníbal. América Latina: hacia un nuevo sentido histórico. In: LEÓN, Irene (org.) **Sumak kawsay / Buen vivir y cambios civilizatorios**. 2. ed. Quito: FEDAES, 2010.

¹² Cf. MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do ‘novo’ constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 1, p. 74-84, jan.-abr., 2013.

¹³ Em efeito, a constitucionalização de direitos atinentes ao meio ambiente sadio e equilibrado, e a necessidade de uma abordagem integrada à sustentabilidade socioambiental e aos direitos humanos, passou a caracterizar uma das principais tendências do constitucionalismo no final do século XX e início do século XXI. A propósito e para aprofundamentos, v. BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. Os desafios do Estado de Direito Ambiental na defesa do meio ambiente e dos Direitos Humanos. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 77-94; MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. In: CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 15-44; SILVA, Carlos Fernando Cruz da; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. Constituição verde e o desafio da sua efetividade: indicadores de sustentabilidade como solução à inefetividade. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3. Tomo II. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. p. 91-108.

No artigo 15 observa-se a confluência da soberania alimentar com a perspectiva da soberania energética, outra inovação introduzida na Constituição equatoriana¹⁴. A Constituição ainda proíbe qualquer forma de desenvolvimento que seja prejudicial ou que atente contra a soberania alimentar.

A Constituição equatoriana aborda a questão da soberania alimentar em um capítulo específico inserido no título que se refere ao regime de desenvolvimento. Neste capítulo a soberania alimentar é encarada como objetivo estratégico e obrigação do Estado para que seja possível garantir a todos a autossuficiência de alimentos. Neste espaço se impõe ao Estado a responsabilidade de garantia de 14 pontos específicos (Artigo 281, inciso 1 a 14)¹⁵ e também estabelece que o

¹⁴ Perspectiva esta também positivada na Constituição da Bolívia.

¹⁵ Conforme o Artigo 281, especificamente: “1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria. 2. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos. 3. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria. 4. Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos. 5. Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción. 6. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas. 7. Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable. 8. Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiadas para garantizar la soberanía alimentaria. 9. Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización. 10. Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos. 11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios. 12. Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente. 13. Prevenir y proteger a la población

Estado deve normatizar o uso da terra, que deverá cumprir sua função social e ambiental, a fim de garantir a produção de alimentos (artigo 281). Disposições que se relacionam com a soberania alimentar também se encontram em outros dispositivos da Constituição que tratam de questões como solo, política agrícola e integração latino-americana.

A Constituição da Bolívia garante a soberania alimentar de modo mais sucinto, mas não menos importante. A segurança e soberania alimentar são estabelecidas como fundamento das relações internacionais (artigo 225, II, 8). A forma de organização da economia, que se pauta na democracia e pluralidade, deve promover a soberania alimentar da população (artigo 309, 4). No que tange ao desenvolvimento rural sustentável, a Constituição prevê a necessidade de haver ênfase na soberania alimentar, a partir do incremento da economia de pequenos produtores agropecuários, sendo um dos objetivos desta política a garantia da soberania alimentar, priorizando a produção e o consumo de alimentos de origem agropecuários produzidos no território boliviano (artigo 407, 1).

Dessa forma, observa-se que o reconhecimento da soberania alimentar no constitucionalismo do século XXI impõe uma série de reestruturações no âmbito das políticas constitucionais dos Estados, no que toca a política agrícola, social, ambiental e no quadro mais amplo dos modelos de desenvolvimento. No âmbito específico da Constituição do Estado de Bem Viver, no Equador e na Bolívia, a soberania alimentar se insere no projeto de sociedade intercultural e ecologicamente sustentável constitucionalmente previsto, contemplando modelos de desenvolvimento que devem conviver em harmonia com os direitos da natureza, no respeito dos seus ciclos vitais e de todas as formas de vida que a compõem.

Atualmente, portanto, a soberania alimentar figura como garantia constitucional pública do direito à alimentação, concebendo a

del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos. 14. Adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores y productoras” (Artigo 281, inciso 1 a 14).

necessidade da reestruturação das políticas constitucionais – ou seja, no quadro de todas as políticas, programas e ações voltadas para a atuação da constituição, nos diferentes níveis e setores da sociedade – em prol da produção de alimentos locais, devendo haver incentivos aos produtores locais e à agricultura do país de modo geral. Além da produção de alimentos apropriada, do ponto de vista econômico-solidário, social, cultural e ambientalmente responsável, a soberania alimentar se relaciona com a distribuição de alimentos e impõe reflexões sobre a quantidade e qualidade dos alimentos consumidos, ao fim de contrastar as especulações financeiras e as demandas induzidas pela publicidade e pelas necessidades alienadas por esta produzidas e/ou reproduzidas.

3 Desafios e riscos para a soberania alimentar na América Latina

Dados estatísticos indicam que a América Latina é a região mais desigual do mundo. De acordo com o relatório publicado pela ONG *Oxfam International* no ano de 2015, a América Latina figura como a região mais desigual e conseqüentemente a mais violenta do mundo, concentrando 27% dos homicídios do mundo, neste território em que vive 9% da população mundial¹⁶.

A pobreza no continente é ainda etnicizada e generificada, de modo que as minorias étnicas e as mulheres são os que mais sofrem com ela. Na América Latina, de acordo com a CEPAL, 45% das crianças vivem na pobreza¹⁷. Esses dados colocam a América Latina em um paradoxo, que é o de ser uma das regiões mais ricas do mundo em termos naturais, minerais, na sua abundância de água doce, no seu potencial agrícola, mas também ser a mais desigual do mundo.

¹⁶ OXFAM INTERNATIONAL. **Even it Up**: time to end extreme inequality, 2015.

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS. CEPAL. COMISSION ECONOMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Pobreza infantil em América Latina y el Caribe**. División de Desarrollo Social, 2010.

Nesse contexto, o desafio de erradicar a pobreza (previsto como um dos objetivos da República na Constituição brasileira de 1988, artigo 3º) é um desafio premente de todos os países latino-americanos, tanto no que concerne a proteção dos direitos humanos quanto no que toca a consolidação dos Estados democráticos no continente¹⁸.

O informe Latinobarómetro de 2013¹⁹ demonstra que há uma intrínseca relação entre o acesso à alimentação e a democracia. De acordo com o informe, em toda América Latina 35% das pessoas já ficaram sem dinheiro para comprar alimentos, sendo que Equador e Bolívia ficam respectivamente com o percentual de 26% e 25% da população nesta situação. O relatório “Estado da Insegurança Alimentar no Mundo 2014” demonstra que a Bolívia estabeleceu processos e instituições que incluem a todas as partes interessadas, em especial os povos indígenas anteriormente marginalizados. A grande atenção dedicada às políticas de segurança alimentar favoráveis à população pobre resultou em uma rápida diminuição da fome, 7,4% durante 2009/2011 e 2012/2014. A subalimentação crônica entre crianças menores de três anos caiu de 41,7% em 1989 para 18,5% em 2012²⁰.

No entanto, a pobreza e a busca por melhores condições de vida são fatores que impulsionam a emigração na Bolívia. No que tange à soberania alimentar, ressalta-se que o desafio é ainda maior. Isso porque implica a superação da lógica de produção agrícola nestes países, que deságua na transição de uma economia centrada no mercado para uma economia social solidária, onde se assegure a possibilidade de diversas

¹⁸ Uma pesquisa da Latinobarómetro demonstrou que a região diminuiu a pobreza extrema do patamar de 44% para 28% nas duas últimas décadas, mas os dados evidenciam que a América Latina continua sendo a região mais desigual do mundo, cf. LATINOBARÓMETRO, 2013.

¹⁹ LATINOBARÓMETRO. **Informe Latinobarómetro** 2013. Cooperación Latinobarómetro. 2013. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 22 maio 2020.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA – FAO. **O Estado da insegurança alimentar no mundo 2014**. Quebec. 2014. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i4037o.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

formas de economia coexistirem. No plano interno infraconstitucional, tanto o Equador quanto a Bolívia promulgaram legislações que regulamentam o regime de soberania alimentar. Ainda, é possível observar uma série de programas e experiências sendo desenvolvidas nestes países, como Programas de Provisão de Alimentos, experiência com produção agroecológica, recuperação de sementes próprias e novas experiências de circuitos de comercialização por meio de feiras locais²¹.

De fato, a soberania alimentar é um contraponto ao enfoque neoliberal de flexibilização de direitos imposto pela hegemonia da economia nos processos de globalização²² e das regulações promovidas pela Organização Mundial do Comércio²³. Ou seja, não é uma noção contrária ao comércio internacional, mas à lógica do capitalismo financeiro que impera nas relações comerciais e nos fluxos globais. Como observa Zaffaroni²⁴, o capitalismo na sua forma neoliberal é responsável por uma nova forma de colonização tardia, aquela comandada pelas grandes empresas, multinacionais e corporações que se instalam nos países periféricos com o intuito de explorar mão-de-obra barata, ditando suas regras e muitas vezes sobrepondo seus interesses às cartas constitucionais dos países. Condicionando a fruição do direito fundamental à alimentação, essas empresas muitas vezes possuem o monopólio e/ou oligopólio da produção de sementes e alimentos, representando riscos manifestos à segurança e soberania alimentar. Nesse sentido, um dos maiores desafios da soberania alimentar é, justamente, superar a visão e as práticas neoliberais (ou do tardo-colonialismo para seguir com Zafaroni) e buscar meios de autossustentabilidade alimentar, bem como instrumentos de intervenção nos mercados.

²¹ RAMÍREZ, Diana Delgadillo. **La soberanía alimentaria en el marco de la política del buen vivir**: los aportes de la experiencia ecuatoriana para enfrentar la crisis alimentaria global. Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Dr. José Maris Luis Mora, 2014.

²² A propósito e para aprofundamentos, v. AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato alla forma Mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

²³ RUIZ, Sergi Escribano. **Situación y perspectivas de la soberanía alimentaria**: una revisión bibliográfica. Documento de Trabajo CERAI, 2010. p. 14.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamamma y el Humano**. Buenos Aires: Ediciones Colihue/Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

A soberania alimentar necessita de uma administração pública nos diferentes níveis (Estados, regiões, municípios) forte tanto do ponto de vista institucional como econômico. É necessário que a administração pública seja descentralizada e presente em todo o território rural, com capacidade para promover programas de desenvolvimento rural integral (infraestrutura, serviços, organização da produção e comercialização) com a participação dos agentes econômicos e sociais²⁵. No contexto latino-americano com maior ênfase, cabe aos Estados apoiarem financeiramente a agricultura campesina, indígena e familiar, que são evidentemente os grupos mais vulneráveis às políticas neoliberais e aos ditames das grandes corporações.

O Estado também deve dotar-se de políticas, programas, ações, que incrementem a capacidade da população de ter acesso a alimentos de qualidade. Neste sentido, as políticas constitucionais devem ser estruturadas para controlar o nível de especulação dos preços dos alimentos. Como observa Verónica Andino:

El Estado puede jugar un rol activo en la soberanía alimentaria impidiendo la especulación excesiva con relación al precio de los alimentos. Existen tres tipos de políticas que generalmente han sido utilizadas para este fin: 1) la fijación de precios de los alimentos; 2) la interdicción de exportación interna y externa de alimentos; y 3) la participación del Estado en el mercado de alimentos. El problema con las dos primeras, al menos en lo que tiene que ver con la restricción de la movilidad interna de alimentos, es que requieren un alto nivel de control y complejos sistemas administrativos para hacerlas operar, lo que las hace también meas favorables a la aparición de prácticas de corrupción y contrabando. Por otro lado, la participación del Estado en la compra-venta de alimentos no sólo permite una regulación de los precios a nivel de las diferentes regiones sino además una regulación del precio a través del tiempo evitando

²⁵ RUIZ, Sergi Escribano. **Situación y perspectivas de la soberanía alimentaria**: una revisión bibliográfica. Documento de Trabajo CERAI, 2010. p. 14.

especulaciones que conduzcan a retener alimentos en stock mientras hay necesidades inmediatas afuera²⁶.

Outra questão premente é a proteção das populações vulneráveis, a proteção direta aos grupos de risco. Tanto os subsídios para os produtores de pequeno e médio porte, a produção e consumo local, quanto a própria forma de compra de alimentos por parte dos Estados são ações contempladas na estratégia de fortalecer a soberania alimentar, relacionada com a chamada “compra pública sustentável”²⁷. Essas estratégias permitem que o Estado assuma o papel de protagonista na garantia da soberania alimentar, com a efetiva participação da sociedade, de modo aberto, dialógico, democrático.

Observa-se, portanto, que as Constituições do século XXI na América Latina trazem inovações para a teoria e a comparação constitucional voltada à tutela dos direitos fundamentais, especialmente no que tange o direito fundamental à alimentação e a soberania alimentar. No entanto, no quadro das históricas desigualdades sociais que caracterizam a região coadunadas com a hegemonia das regras da economia financeira nos processos de globalização, o risco que se afirma, e que se deve levar em conta, é que estas Constituições figurem apenas como texto no contexto latino-americano.

3.1 O risco da concretização desconstitucionalizante ou desconstitucionalização fática

Como se sabe, mas é oportuno reiterar, a constitucionalização é uma obra que continua aberta, pois é através das políticas constitucionais e da

²⁶ ANDINO, Verónica. Soberanía alimentaria y derecho a la alimentación: elección de políticas públicas desde el enfoque de la economía solidaria. **Revista Alteridad**. Marzo de 2009. p. 40.

²⁷ ANDINO, Verónica. Soberanía alimentaria y derecho a la alimentación: elección de políticas públicas desde el enfoque de la economía solidaria. **Revista Alteridad**. Marzo de 2009. p. 43.

atuação cotidiana da Constituição que se joga a vida da Constituição e dos direitos fundamentais. É na práxis constitucional e no efetivo acesso aos bens tutelados que se verifica o quanto os direitos são efetivamente “levados a sério”²⁸. Para a força normativa da constituição²⁹ na direção da soberania alimentar e da concretização do direito à alimentação é imprescindível que os processos político-constitucionais que trouxeram evoluções tão significativas não se degenerem no que Marcelo Neves³⁰ chama de “concretização desconstitucionalizante” ou “desconstitucionalização fática”. Esse é o risco de qualquer país que tenha promulgado um texto constitucional com forte carga axiológica e simbólica e que proponha profundas mudanças sociais, como também foi o caso da Constituição brasileira de 1988.

A desconstitucionalização fática, ou concretização desconstitucionalizante, nesta perspectiva, é “a deturpação do texto constitucional no processo de concretização, sem base em critérios normativos generalizáveis, que torna discutível a aplicação da semântica de ‘mudança da constituição’³¹. Assim, o sentido da Constituição é deturpado para que o processo de concretização constitucional não altere o *status quo*. A desconstitucionalização significa, portanto, “a desjuridicização pela fragilidade de código jurídico na sua incapacidade de generalização congruente e a falta de autonomia/identidade consistente de uma esfera de juridicidade”³², ou seja, o texto constitucional passa a ser negligenciado pelas estruturas de poder.

²⁸ Fazendo referência à conhecida tese de R. Dworkin.

²⁹ A propósito e para aprofundamentos, consultar a obra clássica HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

³⁰ Cf. NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, 1996.

³¹ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, 1996. p. 323.

³² NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, 1996. p. 323.

É oportuno salientar com Marcelo Neves que em termos teóricos, toda legislação apresenta certo grau de simbolismo³³. Contudo, o problema se instaura quando o simbolismo passa a ganhar traços hipertrofiados, de modo que a instrumentalidade técnico-jurídica não consiga se desenvolver para a concretização dos direitos previstos na Constituição. Nesse sentido, a instabilidade política que ainda paira sob a América Latina e que vem causando um refluxo na garantia de direitos fundamentais não pode ser um obstáculo para a garantia do direito à alimentação e à soberania alimentar. No caso específico do Brasil o risco nos cortes nos programas sociais do governo federal é uma ameaça evidente às conquistas no combate à fome e nas ações voltadas para a erradicação da pobreza. Nesse sentido, esse risco é uma certeza do desvirtuamento dos objetivos da República e uma subversão do sistema de direitos fundamentais e, neste contexto, deve-se falar não mais de mutação, mas efetivamente de mutilação constitucional.

Considerações finais

Na ordem internacional a alimentação figura como um direito humano universal, fundamental para a fruição de todos os demais direitos. Recentemente, a alimentação passou a ser reconhecida como direito fundamental incorporado constitucionalmente em diversos países, inclusive no Brasil, e nas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009. A grande contribuição que essas duas Constituições, objeto de particular atenção no estudo realizado, trouxeram para o direito fundamental à alimentação foi considerá-lo expressamente no quadro da soberania alimentar.

Nesta perspectiva, a soberania alimentar implica a atuação de políticas constitucionais aptas a atuar, nos diferentes níveis e envolvendo os diversos setores da sociedade, as disposições constitucionais e viabilizar meios e instrumentos no sentido de tornar plenamente efetiva a autossuficiência para pessoas, comunidades, povos e nações na

³³ Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

produção de alimentos saudáveis e culturalmente apropriados. Assim, o direito à alimentação passa a ser tutelado no contexto da sustentabilidade socioambiental, do desenvolvimento local, da economia solidária, das relações interculturais e da equidade intergeracional. Trata-se, portanto, de predisposições constitucionais que estão no sentido oposto à lógica neoliberal predominante atualmente no cenário internacional, e que requerem, também por isso, o engajamento da sociedade civil organizada e dos diferentes setores da sociedade.

Como foi possível observar, além da produção de alimentos apropriada, do ponto de vista econômico-solidário, social, cultural e ambientalmente responsável, a soberania alimentar se relaciona com a distribuição de alimentos e impõe reflexões sobre a quantidade e qualidade dos alimentos consumidos, ao fim de contrastar as especulações financeiras e as demandas induzidas pela publicidade e pelas necessidades alienadas por esta produzidas e/ou reproduzidas.

Especificamente em relação ao contexto latino-americano, o grande desafio dessas sociedades será o de pôr em prática as predisposições constitucionais e não permitir que a desconstitucionalização fática ganhe espaço neste período marcado por instabilidades políticas na região.

Conclui-se, portanto, que nas evoluções do constitucionalismo no século XXI, a soberania alimentar figura como garantia constitucional pública do direito fundamental à alimentação. Afirmar a soberania alimentar significa transladar a vontade do poder constituinte, estabelecida na Constituição como limitação e direção aos poderes constituídos, sobrepondo-a aos demais ramos e âmbitos de incidência do Direito e às relações políticas e sociais, ao fim de normatizar a realidade das relações entre sujeitos e instituições em campo alimentar.

Exige, portanto, a reestruturação das políticas constitucionais, ou seja, do conjunto das políticas, programas e ações voltadas para a atuação da Constituição, nos diferentes níveis e setores da sociedade, em campo alimentar: tanto no que toca o acesso aos alimentos, quanto no que comporta para a produção e distribuição de alimentos saudáveis e adequados às

peculiaridades culturais das respectivas comunidades, no respeito dos ciclos e dos direitos da natureza e das presentes e futuras gerações.

Referências

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar novos mundos. São Paulo: Elefante, 2016.

AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma stato alla forma mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.

ANDINO, Verónica. Soberanía alimentaria y derecho a la alimentación: elección de políticas públicas desde el enfoque de la economía solidaria. **Revista Alteridad**. Marzo de 2009. p. 34-49.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 1990.

BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. Os desafios do Estado de Direito Ambiental na defesa do meio ambiente e dos Direitos Humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 77-94.

BURCKHART, Thiago Rafael. **O constitucionalismo na América latina**: a refundação do Estado e as epistemologias do Sul. Curitiba: Prismas, 2016.

BURCKHART, Thiago Rafael; MELO, Milena Petters Melo. Entre igualdade e pluralismo: o constitucionalismo da diversidade na América Latina. **Quaestio Iuris**, v. 12, n. 4, 2019. p. 1-22. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/37477/33532>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CARVALHO, Osvaldo. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. *In*: ESTORNINHO, Maria João (org.). **Estudos de direito da alimentação**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 47 - 80. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_diralimentar_out2013.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

COSTA, Sara Santos. Segurança Alimentar: do direito europeu ao direito nacional a transferências dos poderes de decisão. *In*: ESTORNINHO, Maria João (org.). **Estudos de direito da alimentação**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 81-116. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_diralimentar_out2013.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano (coord.). **Vivir bien: ¿paradigma no capitalista?** (CIES-UMSA; Sapienza Università di Roma; Oxfam) Bolívia: Plural Editores, 2011.

FRANCISCO, Hidalgo Flor. Buen vivir, Sumak Kawsay: Aporte contrahegemónico del proceso andino. *In*: **Utopía y Praxis Latinoamericana**, v. 16, n. 53, abr/jun, 2011. p. 85 - 94. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27919220008.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

FREITAS, Maria do Carmo Soares de; PENA, Paulo Gilvane Lopes. Segurança alimentar e nutricional: a produção do conhecimento com ênfase nos aspectos da cultura. **Revista de Nutrição**, Campinas, v. 20, n. 1, jan./fev., 2007. p. 69-81.

GORDILLO, Gustavo; MÉNDES-JERÓNIMO, Obed. **Food security and sovereignty**: base document for discussion. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2013.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir más allá del desarrollo. *In: Quehacer*. Equador: Desco, 2011. p. 70-81. Disponível em: <http://gudynas.com/publicaciones/reportes/GudynasAcostaBuenVivirDesarrolloQHacer11.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LATINOBARÓMETRO. **Informe Latinobarómetro 2013**. Cooperación Latinobarómetro. 2013. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 22 maio 2020.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do ‘novo’ constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 1, p. 74-84, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4485>. Acesso em: 27 set. 2018.

MELO, Milena Petters. Necostituzionalismo e “Nuevo Constitucionalismo” in America Latina. *In: Diritto Pubblico Comparato ed Europeu*. Torino: Giapicchelli Editore, 2012. p. 342-354.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? *In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 57-85.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago Rafael. O constitucionalismo da diversidade: América Latina, identidades, igualdade e pluralismo. *In*: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERGUER, Raquel. **Políticas Constitucionais e Sociedade**. v. 1. Curitiba: Editora Prismas, 2016. p. 49-78.

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. *In*: CAULA, Bleine Queiroz *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 15-44.

NAÇÕES UNIDAS. COMISSIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Pobreza infantil em América Latina y el Caribe**. División de Desarrollo Social. Dez/2010. Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1421/1/S2010900_es.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 132, 1996, p. 321-330. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>. Acesso em: 27 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA – FAO. **O estado da insegurança alimentar no mundo 2014**. Quebec. 2014. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i4037o.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

OXFAM INTERNATIONAL. **Even it Up: time to end extreme inequality**. 2015. Disponível em: <https://www.oxfam.org/sites/www.oxf>

am.org/files/file_attachments/cr-even-it-up-extreme-inequality-291014-en.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? *In: VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constituciones y principios*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTERO, Carolina Silva. ¿Qué es el buen vivir en la Constitución. *In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (editor). La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y del derecho comparado*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 2008. p. 111-154. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2/358/3C2008CA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 dez. 2020.

POSTELNICU-REYNIER, Anamaria. L'OMC, la souveraineté alimentaire et le cadre international des stratégies juridiques de sécurité alimentaire. *In: SNYDER, Francis. Sécurité Alimentaire Internationale et Pluralisme Juridique Mondial*. Bruxelles: BRUYLANT, 2004, p. 127-151.

QUIJANO, Aníbal. América Latina: hacia un nuevo sentido histórico. *In: LEÓN, Irene (org.). Sumak kawsay / Buen vivir y cambios civilizatorios*. 2. ed. Quito: FEDAES, 2010. p. 55-72. Disponível em: http://www.dhls.hegoa.ehu.es/uploads/resources/5501/resource_files/Ecu_Sumak_Kawsay_cambios_civilizatorios.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

RAMÍREZ, Diana Delgadillo. **La soberanía alimentaria en el marco de la política del buen vivir**: los aportes de la experiencia ecuatoriana

para enfrentar la crisis alimentaria global. Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Dr. José Maris Luis Mora, 2014.

RUIZ, Sergi Escribano. **Situación y perspectivas de la soberanía alimentaria**: uma revisão bibliográfica. Documento de Trabajo CERAI, 2010. Disponível em: http://base.socioeco.org/docs/21_soberania_alimentaria_v2_escribano_01_1.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

SILVA, Carlos Fernando Cruz da; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. Constituição verde e o desafio da sua efetividade: indicadores de sustentabilidade como solução à inefetividade. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3. Tomo II. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. p. 91-108.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamamma y el Humano**. Buenos Aires: Ediciones Colihue/Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

Os impactos sociais e ambientais da pirataria na indústria da moda

The social and environmental impacts of piracy in the fashion industry

Dayane Nayara da Silva Alves*

Resumo: A pirataria se tornou crime crescente, no Brasil, embora seja prática aceita e moralmente válida pela sociedade. No entanto, afeta a arrecadação expressiva de impostos, inibe a geração de emprego e renda e fomenta o crime organizado. No mercado da Moda, a lei protege tão somente a marca, porque os produtos recebem adaptações que os diferenciam daqueles originais os quais se espelham. Assim, objetiva-se compreender os impactos sociais e ambientais da pirataria, na indústria da Moda, e suas consequências no âmbito consumerista, a partir de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica. Verificou-se que a pirataria, nesse âmbito, embora mantenha-se como uma cultura, provoca prejuízos no Brasil e no mundo, especialmente, após a difusão mundial das grandes marcas, a implicar evasão fiscal e prejudicar a indústria nacional. Portanto, apresenta-se como fator negativo para a sociedade por fomentar a geração de empregos informais.

Palavras-chave: Indústria da moda. Consumo. Pirataria. Impactos sociais e ambientais.

Abstract: Crime provided by law, piracy has become a growing crime in Brazil, a practice accepted and morally valid by society, however, which affects the significant collection of taxes, inhibits the generation of employment and income and fosters organized crime. In the fashion market, the law protects only the brand, because the products receive adaptations that differentiate them from

* Mestra em Direito Econômico e Desenvolvimento – UCAM/RJ. Especialista em Direito Fiscal – PUC/RJ. Pós-Graduada em Direito da Moda pela Santa Marcelina. Extensão em fashion law pela UERJ. Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

the original ones which are mirrored. The present study aims to understand the social and environmental impacts of piracy in the fashion industry and how they affect consumption through a qualitative and bibliographical research. It was verified that the piracy in the fashion industry causes damages in Brazil and in the world and it has been maintaining like a culture, after the world-wide diffusion of the great marks, bringing tax evasion, damaging the national industry, therefore, a negative factor for the society, whose main consequence is the generation of formal jobs.

Keywords: Fashion industry. Consumption. Piracy. Social and environmental impacts.

Introdução

A pirataria de produtos é uma realidade, no Brasil e no mundo, fato que tem causado vários impactos para a economia e para a sociedade das diversas nações, já que são produtos copiados ou falsificados que vêm sendo consumidos de forma crescente, consciente ou não, ou seja, de forma voluntária ou involuntária¹.

Commuri afirma que são consumidores atraídos por marcas premium, normalmente, devido à exclusividade e conotação de prestígio associado a elas, por isso, em contrapartida, são marcas alvo de pirataria, e tanto falsificações quanto imitações impõem a mesma penalidade aos consumidores de produtos genuínos, visto que ameaçam a exclusividade que acompanha a compra de uma marca Premium. Assim, vários são os impactos causados pela falsificação ou pirataria, como econômico,

¹ SEGABINAZZI, Rodrigo Costa; REALE, Getulio Sangali; MARTINS, Marco Antônio Mabília. “Pirataria é coisa de pobre? Motivações para o consumo de produtos falsificados entre indivíduos de baixa e alta renda no Brasil. **International Journal of Business e Marketing (IJBMT)**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2017. p. 84-85.

implicações legais e atitudes, motivações e comportamentos dos consumidores de falsificações².

Dessa forma, a pirataria representa um desafio, tornando-se a proteção da propriedade intelectual e das marcas registradas de pouco valor para as empresas da moda, caso os seus consumidores tenham acesso amplo às produções pirateadas. Dessa forma, necessário se faz combater as ameaças da pirataria, identificando os aspectos sociais e ambientais que permeiam as cópias exatas de mercadorias genuínas no mundo da moda.

1 Conceituação da moda

A moda é muito mais do que uma palavra, é um complexo sistêmico agregado, que envolve tudo que é mutável no tempo. Para Marnie Foog³, moda é "originado do latim 'modus', literalmente 'medida', o termo moda passou a expressar valores tão diversos como conformidade e relações sociais, rebelião e excentricidade, aspiração social e status, sedução e encanto".

Desta forma, moda vai além da ideia que o ser humano tem de si mesmo, o que a torna análoga a tudo que é variável no tempo⁴. Pode-se dizer que moda é intrínseca ao comportamento humano, é identificada nas profissões, músicas, livros, esportes, romances e política, dentre tantos exemplos que podem ser incluídos neste termo⁵. Dentro desta conceituação, nasce o viés da moda ao poderio econômico associado à

² COMMURI, Suraj. The impact of counterfeiting on genuine-item consumers' brand relationships. **Journal of Marketing**, v. 73, may, 2009. p. 86

³ FOOG, Marnie. **Tudo sobre moda**. Tradução Débora Chaves, Fernanda Abreu e Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2013. p. 8.

⁴ ALVES, Dayane Nayara da Silva. **Os direitos de propriedade intelectual aplicados à indústria da moda e o paradoxo da pirataria**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Universidade Candido Mendes, 2019. p. 28

⁵ POCL, Bárbara Valle. **Inovação, estudos e pesquisas: Reflexões para o universo têxtil e de confecção**. v. 2. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2015. p. 55.

ideia de pertencimento, que acaba sendo fomento para a proliferação da pirataria em grande escala.

É essencial quebrar o paradigma da definição geral de moda para enquadrar o que deveria ser visto como ramificações desta. Para isso, é necessário compreender os termos moda e estilo. O “Estilo é uma marca registrada de cada pessoa, é a forma como ela se apresenta para o mundo”⁶, ou seja, ter estilo é seguir a própria forma de se expressar para a sociedade, através da sua essência, sem a influência de terceiros. Ao entender o que é estilo, percebe-se que a moda é tudo que influencia e é influenciável na sociedade.

Assim sendo, pode-se afirmar que as pessoas precisam compreender melhor o que representa a moda e o que é estilo e, então, buscar desassociar moda da futilidade e do vulgar, por estar além do que é tendência e modismo. De acordo com o filósofo norueguês Lars Svendsen: uma compreensão da Moda deveria contribuir, portanto, para uma compreensão de nós e de nossa maneira de agir⁷.

Pode-se então dizer que Moda é a composição de tudo que é inerente ao ser humano em si, como a sua consciência, que resulta em conceitos e comportamentos, angariados pelo seu arcabouço de vida e que ganha forma por meio das suas indumentárias. O modo de vestir de cada um é expressão da consciência humana, sendo possível identificar como encontra-se o humor de uma pessoa, visualizando como ela está vestida. Portanto, moda não está presente exclusivamente no mundo seletivo da alta costura, mas em todo e qualquer ser humano, independente de classe social, idade e gênero⁸.

Assim, moda é algo mutável, que segue a tendência de mercado, e o estilo totalmente voltado ao poder que tem uma pessoa de escolher, refletindo na sua personalidade.

⁶ NETFLIX. Documentário sobre Coco Chanel, 2018.

⁷ SVENDSEN, Lars. **Moda: uma filosofia**. Rio de Janeiro: Zahr, 2004. p. 5.

⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **The empire of fashion: dressing modern democracy**. Org. Catherine Porter: Princeton, NJ, 1994. p. 16.

1.1 Moda e Poder

A roupa é vista como a marca do indivíduo no mundo, por ser particular. É o que explica Peter Stallybus: O poder particular da roupa para efetivar redes está estreitamente associado a dois aspectos quase contraditórios de sua materialidade: sua capacidade para ser permeada e transformada tanto pelo fabricante quanto por quem a veste e sua capacidade para durar no tempo. A roupa tende, pois, a estar poderosamente associada com a memória ou, para dizer de forma mais forte, a roupa é um tipo de memória⁹.

Um detalhe importante sobre o poder da Moda pode ser analisado a partir de Coco Chanel, podendo-se atestar que o empoderamento feminino deu-se da maneira que as mulheres mais amam: por meio das roupas. Como todo ícone, Chanel foi amplamente copiada e ela gostava disso, quando dizia que se a copiavam é porque sua marca fazia sucesso, e ainda, abraçava os camelôs nas ruas parisienses que estavam vendendo cópias dos seus produtos¹⁰.

Adam Smith afirma que a moda tem, também, uma influência sobre a moral, embora nesse campo tal influência seja consideravelmente menor¹¹. Estava certo, pois, nos dias atuais, é bem comum, em determinados lugares como fóruns, restaurantes e escritórios, determinar um padrão de vestimenta. Não só no sentido do bem vestir, mas o conjunto da obra, que oferece aos olhos de quem vê um conforto visual, fato esse que se conecta com a necessidade de a humanidade seguir grandes marcas.

É muito comum em *shoppings centers* de luxo identificar olhares analíticos das pessoas mais bem vestidas sobre as pessoas menos

⁹ STALLYBRAS, Peter. **O casaco de Marx: roupas, memória e dor**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 10.

¹⁰ YOUTUBE. **70 coisas que sei sobre Chanel**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ux9vs_tppPs. Acesso em: 18 set. 2018.

¹¹ SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments** [1759], Indianapolis, 1982. p. 200.

ornamentadas. Em determinados ambientes como lojas, restaurantes e bancos, também existe uma forma diferenciada de tratamento, situações meramente desconfortantes e equivocadas, porém, que demonstram o quanto a roupa é uma peça fundamental, não somente um adereço, mas um instrumento que demonstra algum tipo de *status* social.

É como se fosse ofertado aos homens o passaporte para transitar em determinados lugares ou a sua aceitação em grupos. Como afirma Weber, a roupa como instrumento de demarcação de classe, propiciou à nobreza o processo de ditar a moda e à burguesia o de copiar a tendência real¹². Hoje, a nobreza é a burguesia retratada nos artistas, milionários, políticos, ou seja, a sociedade detentora de poder, que são copiados pela classe média que, assim como a burguesia no período renascentista, encontra-se em ascensão.

Isso demonstra que poder e sucesso estão vinculados à marca que os indivíduos usam, situação essa que fortalece a pirataria de produtos, bem como aqueles *inspireds*, para atender demanda de todas as camadas sociais que buscam de forma equivocada fazer parte de um determinado grupo elitista. Como afirma Ciro Gomes: “[...] há dois preços impagáveis nisso: a destruição da terra; e a marginalização impositiva da Pirataria. Esta produz um produto semelhante causando a falsa sensação de ter tido acesso aquele bem [...]”¹³.

O desenvolvimento da classe média, resultado da economia na Revolução Industrial, produziu uma geração que desejava exibir visivelmente seu sucesso e encontrar seu lugar na sociedade”¹⁴, perdurando a ideia de que a moda é o símbolo da demonstração de poder e riqueza além de escalar a posição dos indivíduos na sociedade. Sob

¹² WEBER, Carolina. **Rainha da moda**. Rio de Janeiro: Zahr, 2006. p. 38.

¹³ GOMES, Ciro. *In*: MÍDIA NINJA. **Caetano Veloso entrevista Ciro Gomes**. 13 jun. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vE55i99tZWg>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁴ STEVESON, N.J. **Cronologia da moda**: de Maria Antonieta a Alexander McQueen. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 28.

o ponto de vista da teoria de Karl Marx a mercadoria possui um caráter de “vida própria”, sendo um instrumento determinante na sociedade. Quem detém um determinado produto se enquadra em certo padrão social, quem não possui, certamente está fora desse padrão, demonstrando uma situação característica até os dias atuais¹⁵.

A indústria da moda é multibilionária, um dos setores que proporciona maior fluxo de capital, movimentando a economia com a geração de emprego e renda para o particular e para o Estado¹⁶, o que Marx retrata em sua obra “O capital”, como o fetiche da mercadoria, atribuindo esse termo à relação existente entre os interesses econômicos e os de mercado¹⁷.

No entanto, é nesse cenário que a pirataria encontra facilidade em se difundir e onde as camadas menos favorecidas da sociedade passam a copiar as classes altas, demonstrando o viés negativo da globalização da moda, como se vê no próximo tópico.

1.2 Moda e pirataria

A pirataria é bem antiga no seio social, contendo amplitude e efeito negativos imensuráveis para todos, afetando, aos poucos, toda a estrutura que perfaz a economia brasileira e mundial.

Para Luiz Antônio de Medeiros “[...] considera-se pirataria a atividade ilícita de copiar, reproduzir e utilizar, sem autorização do autor ou do fabricante original, qualquer produto com o objetivo de lucro”¹⁸.

Akira Chinen traz como conceito de pirataria “o processo pelo qual as indústrias copiam inventos, sem pagar nada ao detentor da patente,

¹⁵ MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 04.

¹⁶ CARDOSO, Gisele Ghanem. **Direito da moda**: análise dos produtos “*inspireds*”. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 47.

¹⁷ MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 04.

¹⁸ MEDEIROS, Luiz Antonio de. **A CPI da pirataria**: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 21.

reproduzindo e vendendo o produto sem a licença do fabricante”¹⁹. Considerando tais definições, entende-se que a pirataria envolve reproduções de livros, *softwares*, cigarros, produtos farmacêuticos, roupas, cosméticos, sapatos, entre tantos outros produtos pirateáveis.

Na análise de Sales, “A pirataria ou falsificação de objetos é hoje um fenômeno da sociedade contemporânea”. O Brasil é um dos maiores mercados consumidores de produtos pirateados, contradizendo-se quanto ao produto de moda de luxo que, quando chega às prateleiras das lojas que vendem produtos legítimos, chegam quase que simultaneamente às mãos do consumidor pela pirataria²⁰.

Para Danielle Adjuto, no âmbito da moda, as cidades que mais sofrem com a pirataria são Nova York e Paris, essa última, possuidora da legislação mais rigorosa entre todos os países contra a pirataria, considerando criminoso tanto quem vende como quem compra ou usa o produto falsificado, independente se cidadão francês ou turista, cuja a pena é de até três anos de prisão, além do pagamento de uma multa que pode chegar a cerca de R\$ 900 mil²¹.

No Brasil, a pirataria encontra tipificação no dispositivo 184 do Código Penal (CP) brasileiro: “Violar direitos de autor e os que lhe são conexos”. Pena: detenção, de três meses a um ano, ou multa (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º de julho de 2003), e no dispositivo 180, também do CP, que define a conduta de: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser

¹⁹ CHINEN, Akira. **Know-how e propriedade industrial**. Belo Horizonte: Editora Oliveira Martins Del Rey, 1997. p. 63.

²⁰ SALES, Gabriela Maroja Jales de. **O consumo da pirataria na moda de luxo: o espelho de duas faces**. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, 2010. p. 40.

²¹ ADJUTO, Danielle. Moda de fato: pirataria x moda. **Brasília de Fato**. Coluna Moda, Brasília, 14 ago. 2017. Disponível em: <https://brasiliadefato.com.br/colunas/moda/2017/08/pirataria-x-moda/>. Acesso em: 09 jul. 2019.

produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”. Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa²².

Porém, quando o assunto é moda, em relação ao vestuário, a proteção da lei se dá somente para a marca e não para o produto, exceto em determinados países e em raras ocasiões. Considera-se que são apenas cópias de modelos da alta costura lançados e que chegam às lojas antes dos originais, no entanto, esses produtos recebem adaptações, tanto de materiais como de custos de produção, além de etiquetas próprias, assim, não são considerados produtos piratas. Da mesma forma, os produtos genéricos, que têm características parecidas, como as marcas brasileiras Victor Hugo e Sueldo’s, ambas genéricas, por possuírem modelos similares ou iguais aos das marcas que se espelham, porém, com material inferior²³. Nesse sentido, esclarece Sales:

No caso da falsificação ou ‘pirataria’ na moda, a cópia do produto é absolutamente igual em seu modelo e marca, com a cópia da etiqueta, logomarca, monogramas, sempre iguais à original, mas sem autorização para a cópia e uso do nome da marca e da logomarca. [...] a tentativa de vender um produto à imagem e semelhança do original [...]²⁴.

No ano de 2016, a empresa brasileira Grife Village 284 foi condenada pela justiça paulista por cópia ilegal de bolsas de luxo da marca francesa Hermès, variando entre R\$ 30 mil (trinta mil reais) a R\$ 200 mil (duzentos mil reais). A conclusão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) foi que bolsas e acessórios devem ter suas licenças protegidas pela Lei n. 9.610/1998, Lei de Direito Autoral

²² BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

²³ SALES, Gabriela Maroja Jales de. **O consumo da pirataria na moda de luxo: o espelho de duas faces**. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, 2010. p. 34-35.

²⁴ SALES, Gabriela Maroja Jales de. **O consumo da pirataria na moda de luxo: o espelho de duas faces**. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, 2010. p. 35.

(LDA), “[...] criando uma nova jurisprudência para os casos de violação de propriedade intelectual na indústria da moda”²⁵, sendo imprescindível que o produto seja original para ser percebido como uma criação artística. Outra proteção vem através da propriedade industrial, Lei nº 9.279/1996, dessa forma, ficam os criadores de moda com a exclusividade de suas criações, já que a pirataria da moda pode gerar consequências negativas vultosas ao empresariado, tendo em vista os aspectos econômicos, sociais e culturais que envolvem a pirataria.

No ano de 2016, no município de Rio Negrinho, estado de Santa Catarina, o vereador Eloir Laurek teve sua candidatura impugnada por recurso impetrado pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que alterou a sua jurisprudência ao considerar “[...] que crime de violação de direito autoral ofende o patrimônio privado”, tornando inelegível o tal candidato, por pirataria. À luz da Lei nº 9.610/1998, está claro que pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra criada²⁶.

Mais recentemente, o Direito da Moda ou *Fashion Law*, passou a abordar as transações comerciais no mundo da moda, seara inovadora do Direito brasileiro que faz a fusão da moda com o Direito. Como afirma Gisele Ghanem Leal: “Direito e Moda são duas áreas que parecem completamente divergentes, mas possuem muitos pontos de ligação a serem estudados”. Ainda segundo a autora, o Direito da Moda se propõe sanar conflitos do mundo *fashion* que, por sua complexidade, somente

²⁵ ROSSETTO, Ricardo. Justiça condena empresa brasileira por cópia ilegal de bolsas de luxo da Hermes. **Jornal O Estado de São Paulo**, Economia e Negócios, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral.justica-condena-empresa-brasileira-por-copia-ilegal-de-bolsas-de-luxo-da-hermes.10000070713>. Acesso em: 10 jul. 2019.

²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). **Crime de direito autoral é causa de inelegibilidade**. Notícias, 24 jul. 2018. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/crime-contra-direito-autoral-e-causa-de-inelegibilidade>. Acesso em: 10 jul. 2019.

podem ser resolvidos por meio da intervenção jurídica²⁷ ou seja, proteger as criações da indústria da moda, através da propriedade industrial e intelectual, direito trabalhista, ambiental, entre outros, a fim de evitar impactos sociais e ambientais em função da pirataria.

2 Efeitos sociais e ambientais da pirataria

O consumidor vê na pirataria uma maneira de estar vestindo a última tendência da moda por um baixo custo, sem imaginar, contudo, que vai estar cometendo um crime ao leva-la para casa. A prática ilegal provoca prejuízos no Brasil e no mundo e vem se mantendo como uma cultura, após a difusão mundial das grandes marcas²⁸.

2.1 Efeitos sociais da pirataria

Na visão de Sales e Maldonado, a pirataria tem duas vertentes: exclusão e inclusão social, por não se configurar apenas como um problema moral, de promover evasão de renda e de gerar a informalidade, entre outros aspectos. Ao olhar para as escalas sociais, as elites desejam o consumo de produtos de luxo para se distinguir usando produtos caros e raros. Por outro lado, as classes inferiores buscam imitar esse estilo através do consumo de produtos substitutos, parecidos com as marcas originais, o que leva a pirataria a ser vista como o modo que o homem se posiciona e se realiza socialmente, numa apropriação legítima²⁹.

²⁷ SKIBINSKI, Francielle Huss. **O fashion law no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: ABAPI, 2016. p. 02.

²⁸ SALES, Gabriela Maroja Jales de **O consumo da pirataria na moda de luxo: o espelho de duas faces**. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, 2010. p. 39.

²⁹ SALES, Gabriela Maroja Jales de; MADONADO, Maura Carneiro. O consumo da pirataria na sociedade pós-moderna: o luxo está na moda. **AntennaWeb Revista**

Por outro lado, a pirataria é vista como um fator negativo para a sociedade, cuja consequência maior deste crime é a geração de empregos informais,³⁰ corroborando desse entendimento, Luiz Antonio Medeiros, Danielle Adjuto, o Governo Federal e Segabinazzi, Reale e Martins.

Afirma Luiz Antonio Medeiros que, ao comprar produtos piratas, o consumidor colabora para que a indústria legal, ou seja, a que emprega pessoas e paga impostos, não venda o seu produto, conseqüentemente, fica sem recursos para promover o seu crescimento, fecha as suas portas e diversos postos de trabalho, constituindo-se um dos negócios do crime organizado³¹. Nesse mesmo entendimento, Danielle Adjuto complementa que “[...] o Brasil deixa de criar dois milhões de empregos formais anualmente e perde arrecadação na casa de 30 bilhões de reais por causa da pirataria, alimentando o crime organizado, provocando evasão fiscal, prejudicando a indústria nacional e a geração de empregos. Além das questões sociais e trabalhistas, a pirataria não passa por rígido controle de qualidade, não emite nota fiscal, não permite trocar produto ou consertar³².

Consta do Portal do Governo Federal (E-Gov), que “[...] A venda de produtos falsificados se tornou uma forma de subsistência para muitos brasileiros, mas os lucros desse comércio ilegal são para poucos”, enquanto os prejuízos vêm para todo o país, como a não criação de dois

Digital do IBModa, n. 6, 2009. p. 3. Disponível em: http://www.antennaweb.com.br/edicao6/artigos/edicao6artigo6_consumopirataria.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

³⁰ COSTA, Rômulo Rusley Coimbra; SANT'ANNA, Sérgio Robert. O “legal” do pirata: um olhar sobre as práticas de consumo de produtos falsificados. In: **III Encontro de Marketing da ANPAD**. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Curitiba, 2008. p. 30 - 38. Disponível em: http://www.anpad.org.br/ev-entos.php?cod_evento=2&cod_evento_edicao=37&cod_edicao_subsecao=357&cod_edicao_trabalho=8313. Acesso em: 18 jan. 2021. p. 38.

³¹ MEDEIROS, Luiz Antonio de. **A CPI da pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 28.

³² ADJUTO, Danielle. Moda de fato: pirataria x moda. **Brasília de Fato**. Coluna Moda, Brasília, 14 ago. 2017. Disponível em: <https://brasiliadefato.com.br/colunas/moda/2017/08/pirataria-x-moda/>. Acesso em: 09 jul. 2019.

milhões de empregos formais por ano, estando muitas vezes o desemprego proporcionalmente ligado à criminalidade³³.

Segabinazzi, Reale e Martins falam em ameaça ao bem-estar do consumidor e impacto nas vendas das empresas³⁴. O consumidor de produtos falsificados atenta contra à sua própria saúde quando utiliza um objeto pirata. Pois, é evidente a falta de rigor técnico e de padrão de qualidade dos insumos. Em se tratando do impacto nas vendas sofrido pelas as empresas, principalmente, das marcas originais, identifica-se uma vulneração ao bom funcionamento rentável do capital social de tais marcas, que resvala no enfraquecimento da ordem econômica.

2.2 Efeitos ambientais da pirataria

A pirataria é um produto da globalização, que afeta todas as áreas da vida, tecnológica, econômica, religiosa, social e comercial, assim como, na padronização de produtos e na produção em larga escala, incluindo a moda em todas as suas manifestações (roupas, celulares, bolsas, etc.)³⁵.

De acordo com o Portal E-Governo, pela falta de arrecadação de impostos, há deficiências na prestação de serviços à população, muitos desses produtos possuem substâncias tóxicas, o que gera riscos para a saúde daqueles que os adquirem e utilizam³⁶.

³³ PORTAL DE E-GOVERNO, INCLUSÃO DIGITAL E SOCIEDADE DO CONHECIMENTO. **Os prejuízos da pirataria no Brasil**. 13 jun. 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-preju%C3%ADzos-da-pirataria-no-brasil>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³⁴ SEGABINAZZI, Rodrigo Costa; REALE, Getulio Sangali; MARTINS, Marco Antônio Mabilia. “Pirataria é coisa de pobre? Motivações para o consumo de produtos falsificados entre indivíduos de baixa e alta renda no Brasil. **International Journal of Business e Marketing (IJBMT)**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2017. p. 83.

³⁵ SALES, Gabriela Maroja Jales de. O consumo da pirataria na sociedade pós-moderna: o luxo está na moda. **AntennaWeb Revista Digital do IBModa**, n. 6, 2009. p. 40. Disponível em: http://www.antennaweb.com.br/edicao6/artigos/edicao6artigo6_consumopirataria.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

³⁶ PORTAL DE E-GOVERNO, INCLUSÃO DIGITAL E SOCIEDADE DO CONHECIMENTO. **Os prejuízos da pirataria no Brasil**. 13 jun. 2010. Disponível

Aduz Luiz Antonio Medeiros que as atividades localizadas na Amazônia e que têm base de produção na biodiversidade, são gravemente afetadas pela ação da pirataria, como as produções de fármacos para medicamentos e cosméticos, por exemplo, face a característica típica de predador que tem o pirata, que não se preocupa com o manejo sustentável. Assim, a pirataria tem se tornado uma atividade extremamente prejudicial para o Brasil. Pela falta de arrecadação de impostos, face a sonegação por parte dos piratas, fica o Estado impossibilitado de converter recursos dos cofres públicos em estradas, saneamento básico, educação e saúde, podendo, nesse diapasão, a pirataria ser fruto da alta carga tributária que possui o país, que onera cada vez mais as empresas e faz com que cresça o contrabando e a economia marginal³⁷.

Segabinazzi, Reale e Martins falam em ameaça ao licenciamento, valor e reputação das marcas das firmas, a queda na arrecadação do Estado e os recursos substanciais que proporcionam ao crime organizado³⁸. A pirataria é uma afronta ao art.170 da Constituição Federal de 1988, configura-se uma inconstitucionalidade à ordem econômica – direito da livre concorrência.

Considerações finais

O consumo da pirataria na indústria da moda no Brasil para a baixa renda se dá por tratar-se de uma parcela da população brasileira que busca alcançar prestígio e o sentimento de pertencimento a um determinado grupo, face as suas condições financeiras não permitirem

em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-preju%C3%ADzos-da-pirataria-no-brasil>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³⁷ MEDEIROS, Luiz Antonio de. **A CPI da pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 23.

³⁸ SEGABINAZZI, Rodrigo Costa; REALE, Getulio Sangali; MARTINS, Marco Antônio Mabília. “Pirataria é coisa de pobre? Motivações para o consumo de produtos falsificados entre indivíduos de baixa e alta renda no Brasil. **International Journal of Business e Marketing (IJB MKT)**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2017. p. 84.

acesso a determinados produtos originais, assim, podem alcançar *status* e se sentirem na moda.

Por outro lado, trata-se de um tipo de comércio considerado como um meio de vida para quem o pratica, ou seja, a informalidade, que provoca queda nas vendas das grandes marcas, evasão fiscal, que não respeita os direitos autorais e a propriedade industrial, tudo isso, através da produção de cópias ilegais. Para que a situação não perdue, a sociedade deve ser conscientizada sobre as vantagens e desvantagens da prática da pirataria da moda e os efeitos negativos que provoca quando do seu consumo.

Dessa forma, conclui-se que a pirataria afeta todos os setores da moda, sob suas diversas manifestações, sobretudo, a indústria nacional, consistindo-se em um fator negativo para a sociedade, cuja consequência maior é a geração de empregos informais.

Referências

ADJUTO, Danielle. Moda de fato: pirataria x moda. **Brasília de Fato**. Coluna Moda, Brasília, 14 ago. 2017. Disponível em: <https://brasiliadefato.com.br/colunas/moda/2017/08/pirataria-x-moda/>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ALVES, Dayane Nayara da Silva. **Os direitos de propriedade intelectual aplicados à indústria da moda e o paradoxo da pirataria**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) – Universidade Candido Mendes, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 20 de maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.695, de 01 de julho de 2003**. Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelas Leis nºs 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e 8.635, de 16 de março de 1993, revoga o art. 185 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.695.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

CARDOSO, Gisele Ghanem. **Direito da moda: análise dos produtos “inspireds”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHINEN, Akira. **Know-how e propriedade industrial**. Belo Horizonte: Oliveira Martins Del Rey, 1997.

COMMURI, Suraj. The impact of counterfeiting on genuine-item consumers’ brand relationships. **Journal of Marketing**, v. 73, may. 2009. p. 86 - 98. Disponível em: https://intranet.fucape.br/uploads/MATERIAIS_AULAS/25111-7.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

COSTA, Rômulo Rusley Coimbra; SANT’ANNA, Sérgio Robert. O “legal” do pirata: um olhar sobre as práticas de consumo de produtos falsificados. *In: III Encontro de Marketing da ANPAD*. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Curitiba, 2008. p. 30 - 38. Disponível em: http://www.anpad.org.br/eventos.php?cod_evento=2&cod_evento_edicao=37&cod_edicao_subsecao=357&cod_edicao_trabalho=8313. Acesso em: 18 jan. 2021.

FOOG, Marnie. **Tudo sobre moda**. Tradução Débora Chaves, Fernanda Abreu e Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

GOMES, Ciro. *In*: MÍDIA NINJA. **Caetano Veloso entrevista Ciro Gomes**. 13 jun. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yE55i99tZWg>. Acesso em: 01 out. 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **The empire of fashion: dressing modern democracy**. Org. Catherine Porter: Princeton, NJ, 1994.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MEDEIROS, Luiz Antonio de. **A CPI da pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil**. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MPSC). **Crime de direito autoral é causa de inelegibilidade**. Notícias, 24 jul. 2018. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/crime-contra-direito-autoral-e-causa-de-inelegibilidade>. Acesso em: 10 jul. 2019.

NETFLIX. **Documentário sobre Coco Chanel**, 2018.

POCI, Bárbara Valle. **Inovação, estudos e pesquisas: reflexões para o universo têxtil e de confecção**. v. 2. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2015.

PORTAL DE E-GOVERNO, INCLUSÃO DIGITAL E SOCIEDADE DO CONHECIMENTO. **Os prejuízos da pirataria no Brasil**. 13 jun. 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-preju%C3%ADzos-da-pirataria-no-brasil>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ROSSETTO, Ricardo. Justiça condena empresa brasileira por cópia ilegal de bolsas de luxo da Hermes. **Jornal O Estado de São Paulo**, Economia e Negócios, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral.justica-condena-empresa-brasileira-por-copia-ilegal-de-bolsas-de-luxo-da-hermes.10000070713>. Acesso em: 10 jul. 2019.

SALES, Gabriela Maroja Jales de. **O consumo da pirataria na moda de luxo**: o espelho de duas faces. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal da Paraíba, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/7278?mode=full&locale=pt_BR. Acesso em: 10 jul. 2019.

SALES, Gabriela Maroja Jales de; MADONADO, Maura Carneiro. O consumo da pirataria na sociedade pós-moderna: o luxo está na moda. **AntennaWeb Revista Digital do IBModa**, n. 6, 2009. p. 13-29. Disponível em: http://www.antennaweb.com.br/edicao6/artigos/edicao6_artigo6_consumopirataria.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

SEGABINAZZI, Rodrigo Costa; REALE, Getulio Sangali; MARTINS, Marco Antônio Mabilia. “Pirataria é coisa de pobre? Motivações para o consumo de produtos falsificados entre indivíduos de baixa e alta renda no Brasil. **International Journal of Business e Marketing (IJB MKT)**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, 2017. p. 83 - 95. Disponível em: <http://www.ijbmk.org/index.php/ijbmk/article/view/29>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SKIBINSKI, Francielle Huss. **O fashion law no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: ABAPI, 2016.

SMITH, Adam. **The Theory of Moral Sentiments** [1759], Indianapolis, 1982.

STALLYBRAS, Peter. **O casaco de Marx**: roupas, memória e dor. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

SVENDSEN, Lars. **Moda**: uma filosofia. Rio de Janeiro: Zahr, 2004.

STEVESON, N.J. **Cronologia da moda**: de Maria Antonieta a Alexander Mcqueen. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

WEBER, Carolina. **Rainha da moda**. Rio de Janeiro: Zahr, 2006.

YOUTUBE. **70 coisas que sei sobre Chanel**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ux9vs_tppPs.

Desenvolvimento e autonomia nacional: da integração energética sustentável no Mercosul

National autonomy and development: the sustainable energy integration in Mercosur

Midred Cavalcante Barreto*

Resumo: Em razão dos processos de integração regional, muitos Estados buscam associar-se entre si com diferentes escopos, entre os quais a exploração de potenciais vantagens econômicas, como ocorre no Mercosul. Nesse contexto, a energia desponta como um potencial fator de cooperação estatal, na medida em que sustenta o próprio desenvolvimento e viabiliza a sustentação do crescimento econômico. Dessa forma, esse trabalho pretende examinar de que forma os membros integrantes do Mercosul podem beneficiar-se da integração energética, a partir dos mecanismos existentes e das perspectivas de aprofundamento das sinergias, bem como analisar o papel desempenhado pelo Brasil nesse processo. Verificou-se que a integração sobre o eixo energético mostra-se fundamental para os objetivos do bloco regional, estimulando as economias de seus membros ao mesmo tempo em que fomenta a solidariedade entre si.

Palavras-chave: Mercosul. Integração energética. Desenvolvimento.

Abstract: Due to the regional integration processes, many States aim to associate themselves with different scopes, among which the exploration of potential economic advantages, as it happens in Mercosur. In this context, energy emerges as a potential factor for state cooperation, insofar as it ensures their development and economic growth. Therefore, this work intends to examine how Mercosur members can benefit from energy integration, based on existing mechanisms and perspectives for deepening synergies, as well as

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

analyzing the role played by Brazil in this process. The integration on the energy axis is fundamental to the objectives of the regional bloc, stimulating the economies of its members while promoting solidarity with each other.

Keywords: Mercosur. Energy integration. Development.

Introdução

As discussões em torno do conceito de desenvolvimento, nos últimos anos, tem buscado enfatizar seu aspecto multidimensional e, em termos ambientais, sua relação com os paradigmas da sustentabilidade, fundando a noção de desenvolvimento sustentável. A emergência de novos desafios, no cenário global e regional, no entanto, estimula novas abordagens que põem em relevo particularidades locais/regionais sem dissociá-las dos fenômenos globais, em virtude da crescente interconectividade entre os mais distintos polos econômicos. Nesse contexto, a energia desponta como um eixo central de análise, na medida em que sustenta o próprio desenvolvimento.

Este trabalho objetiva analisar como a perspectiva da integração regional, em especial no Mercosul, pode valer-se da integração energética como um fator de desenvolvimento sustentável, fortalecendo suas economias e oferecendo novas oportunidades de cooperação em prol de objetivos comuns.

Para tal, na primeira parte, analisar-se-á os novos aportes ao conceito de desenvolvimento, notadamente as contribuições do economista Amartya Sen. Na segunda parte, será examinado o papel da energia como fator indutor do desenvolvimento socioeconômico e como os novos desafios exigem um repensar desse papel. Na terceira parte, serão demonstradas as maneiras pelas quais o Brasil buscou sua autonomia energética, assim como a atual configuração da matriz energética brasileira e sua posição de destaque nos compromissos globais em torno da

sustentabilidade. Por fim, buscar-se-á analisar as diretrizes e perspectivas sobre a integração energética no âmbito do Mercosul.

1 Análise multidimensional do desenvolvimento

No século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de desenvolvimento esteve intimamente relacionado ao progresso econômico apresentado por um determinado Estado. Como critério abrangente para medir o grau de desenvolvimento estatal, o Produto Interno Bruto (PIB) ocupou a centralidade dos indicadores macroeconômicos, oportunizando a análise objetiva de fatores que refletissem aproximadamente a pujança econômica do respectivo ente estatal.

Imbuídos do ideário iluminista que apresenta o desenrolar inexorável e linear da história em direção ao progresso, a perspectiva desenvolvimentista então em voga estabelecia categorias de países conforme o binário desenvolvido-subdesenvolvido, associado, ademais, ao incipiente processo de industrialização. Estes, em estágio inferior no devenir histórico, deveriam pautar-se pelo modelo adotado pelas potências ocidentais que conduziram ao estágio mais avançado. O PIB, nesse sentido, seria utilizado para analisar comparativamente o nível em que se encontraria cada país.

Nas últimas décadas, entretanto, novas abordagens emergiram em torno do conceito de desenvolvimento. Uma das mais originais e que gerou maior influência nas políticas macroeconômicas de distintos países originou-se dos estudos conduzidos pelo economista indiano Amartya Sen¹. Segundo o autor, a partir de evidências empíricas extraídas de diferentes contextos socioeconômicos, a concentração quase exclusiva no critério econômico como fator determinante do desenvolvimento mostrou-se insuficiente para medir o efetivo bem-estar de uma população.

¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

Tendo em vista a existência de Estados com elevado PIB e baixos índices de qualidade de vida, Amartya Sen observou que, para que se possa aferir, precisamente, as condições de vida de uma determinada sociedade, a análise deve valer-se de critérios que transcendam a capacidade produtiva de um país. Preocupado com o aspecto qualitativo do crescimento econômico, o autor afasta-se, portanto, da variável estritamente quantitativa representada pelo PIB, que, em seu âmbito, pode obliterar a análise de outros condicionantes sociais. Nesse sentido, o desenvolvimento adquire uma feição multidimensional, incorporando outras variáveis como o acesso à saúde, o nível de escolaridade e o grau de desigualdade de renda.

Como fruto desses estudos, Amartya Sen e o também economista Mahbub ul Haq propuseram o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), em 1990, incorporando ao conceito de PIB/capita avaliações nos âmbitos da educação e da esperança média de vida. O IDH tornou-se, portanto, um indicador mais concreto de medida de bem-estar de uma sociedade, uma vez que estabelece uma análise harmônica e complementar das dimensões econômicas, sociais, civis e políticas nas quais se desenrola a vida em sociedade.

[...] O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. [...]².

Essa análise multidimensional do desenvolvimento busca, portanto, superar os antigos critérios que se mostravam falhos ao representar o nível de qualidade de vida dos cidadãos. Não é surpresa o fato de que vultosos recursos econômicos nem sempre se traduzem em bem-estar social. Percebe-se em países como o Brasil um elevado PIB acompanhado

² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 19.

de um fosso cada vez maior entre os distintos estratos sociais. Por outro lado, a própria Constituição Federal do Brasil de 1988³ foi promulgada já em consonância com o escopo abrangente em torno do indivíduo, na qual objetiva-se, segundo o art. 3º do Texto Magno, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos indistintamente.

Políticas desenvolvimentistas que buscam melhorar a qualidade de vida dos seus nacionais, todavia, não geram resultados imediatos. O desenvolvimento sustentável, nesse sentido, aponta para a necessidade de gerir os recursos atuais de forma a melhorar o bem-estar da geração atual e sem comprometer o bem-estar das gerações futuras. Harmonizando as vertentes ambiental, social e econômica, propõe-se repensar políticas desenvolvimentistas no âmbito das quais o fator econômico tendia a preponderar. Políticas sustentáveis tornam-se imperativas, ante a superação de abordagens que enfatizavam a infinitude dos recursos providos pelo planeta.

Nesse contexto, para que se possa conciliar políticas desenvolvimentistas com as devidas considerações de ordem ambiental e social, novas abordagens são propostas em distintos setores da economia, conforme suas particularidades. Um fator essencial para que se possa considerar o crescimento econômico em uma perspectiva sustentável é a energia, cuja análise far-se-á a seguir.

2 Energia como fator crucial do desenvolvimento socioeconômico

Nos últimos anos, a emergência de novos atores políticos internacionais tem despertado inúmeros debates sobre a sustentabilidade do

³ 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.

crescimento de suas economias. Países como a China e a Índia, com grandes populações, exigem cada vez mais um consumo elevado de energia para suprir suas necessidades internas. Na China, em particular, o uso intensivo de suas indústrias requer um constante suprimento energético para manter o crescimento nos níveis desejados pelos governantes.

Nesse sentido, o consumo energético não constitui um fim em si mesmo, destinando-se, em verdade, às crescentes e cada vez mais complexas exigências sociais diante da própria complexidade das sociedades contemporâneas. Na medida em que as sociedades ditas periféricas inseriram-se na economia global no final do século passado, novos consumidores passaram a adquirir inúmeros produtos disponíveis no mercado global, entre os quais os eletrodomésticos. Além disso, o processo de urbanização e o crescimento demográfico impõem novos desafios a esses países, como verifica-se no setor de transportes, responsável por grandes emissões de gases nocivos ao meio ambiente.⁴

Esse insumo é, portanto, estratégico e vital ao exercício de qualquer função no âmbito de uma determinada economia. Assim como o PIB, ao dividirmos o total de energia pelo total de habitantes de um país, temos o consumo médio energético, o que nos permite proceder a comparações internacionais. Países com maior grau de desenvolvimento, ou seja, que apresentam maior renda per capita, previsivelmente, apresentam os maiores índices de consumo energético por habitante, o que confirma a relação direta entre desenvolvimento econômico e consumo de energia.

Segundo estudos econômicos, a teoria da Curva de Kuznets indica que, a primeira fase do processo de industrialização tende a aumentar o índice de desigualdade, devido à necessidade de se investir em capital de infra-estrutura, em detrimento do investimento em

⁴ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY – IEA. **World Energy Outlook**. 2018. Disponível em: <https://webstore.iea.org/download/summary/190?fileName=English-WEO-2018-ES.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

questões sociais⁵. Em seguida, após atingido um determinado nível de desenvolvimento econômico, há a inversão dessa tendência inicial, que resulta na estabilização do nível de desigualdade. Completado o processo de industrialização, o crescimento da produção passa ao setor terciário, onde se demanda menos investimento em capital e, portanto, gera maior disponibilidade estatal para direcionar recursos ao âmbito social, como educação, saúde, segurança etc.

Percebe-se que nas fases iniciais do processo de industrialização, há um crescimento do consumo médio de energia. Com a conclusão do processo de industrialização, momento em que a dinâmica do crescimento econômico passa ao setor terciário, há a redução progressiva desse consumo médio energético⁶. O índice de intensidade energética, medido pela divisão da energia total consumida por um país pelos seu produto interno bruto, também apresenta distintos comportamentos em países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Os países em desenvolvimento, por serem primário-exportadores de insumos como minérios e metais e trabalharem com indústrias energointensivas, demandam maior consumo energético.

Afirma a teoria de Leapfrogging que a experiência de outros países pode ser utilizada para aprender com os erros cometidos por esses atores. Assim, países de industrialização mais tardia, a exemplo dos Estados sul-americanos, podem estabelecer atalhos ao processo de desenvolvimento econômico e social, alinhando seus processos de industrialização, demandantes de elevado consumo energético, à promoção de um desenvolvimento sustentável, a saber, com base em fontes energéticas alternativas, limpas e renováveis.

Muitos países, portanto, encaram o suprimento energético como uma questão central nas suas respectivas políticas externas. Como

⁵ GROSSMAN, Gene M.; KRUEGER, Alan B. Economic Growth and The Environment. **Working Paper** N° 4634, 1994. p. 19-22.

⁶ GROSSMAN, Gene M.; KRUEGER, Alan B. Economic Growth and The Environment. **Working Paper** N° 4634, 1994. p. 19-22.

alternativa ao uso de combustíveis fósseis, alguns governos, como o chinês, investem em pesquisa voltada à utilização de fontes alternativas e renováveis, como a energia solar e a eólica, comprometendo-se com a melhora da qualidade de vida de sua população.

3 A autossuficiência energética brasileira

Em perspectiva histórica, o ano de 1973 é considerado um marco no processo de autonomia energética brasileira. Nesse ano, a Organização dos Países Produtores de Petróleo (OPEP) decidiu elevar o preço do barril de petróleo em quatro vezes, causando um profundo impacto econômico global, na medida em que a quase totalidade das economias mundiais baseavam-se nessa fonte energética para suprir suas demandas internas.

O Brasil, em particular, sofreu significativo abalo, uma vez que cerca de 80% de suas necessidades internas de petróleo eram supridas mediante importação desse produto. Durante a gestão de Ernesto Geisel (1974-1979), o Brasil buscou diversificar sua matriz energética de forma a reduzir a dependência desse recurso energético e à sujeição às decisões de cunho político internacional que poderiam afetar a soberania nacional e a segurança energética brasileira⁷.

Esse objetivo perpassava pela ampliação dos parceiros internacionais no âmbito do “pragmatismo ecumênico e responsável”, contexto no qual a Alemanha tornou-se o parceiro estratégico brasileiro em sua opção europeia, afastando-se, por consequência, dos Estados Unidos. O choque do petróleo, em conjunto com a nova orientação da política externa brasileira, conduziu a investimentos em fontes alternativas de energia, destacando-se a energia nuclear, cujas potencialidades vinham sendo exploradas a nível nacional e

⁷ HURRELL, Andrew James. **The quest for autonomy**: the evolution of Brazil's role in international system, 1964-1985. Brasília: FUNAG, 2013. p. 257.

internacional⁸. Esse processo culminou no Acordo Nuclear firmado com a Alemanha em 1975, por meio do qual o governo brasileiro buscava a soberania e a segurança energética em um setor considerado estratégico, tendo em vista a transferência de tecnologia que possibilitaria o domínio completo do ciclo do combustível nuclear.

Accordingly negotiations were begun with West Germany in total secrecy to “avoid the expected pressures, especially from the United States”.⁵⁸⁴ In July 1974 the US Atomic Energy Council said that it might not be able to supply enriched uranium under existing contracts, including with Brazil.⁵⁸⁵ This was seen by Brazil as proof of the absence of a special relationship and further justification for the negotiations with West Germany which reached fruition in June 1975 with the signature of the largest ever nuclear agreement involving a developing country⁹.

Embora os investimentos no setor nuclear sejam os mais lembrados e celebrados no esforço de diversificação da matriz energética, o governo brasileiro, no mesmo período, igualmente procedeu a investimentos em biocombustíveis. O programa Proálcool, lançado em 1975, constitui um momento decisivo para a política energética brasileira, iniciando as primeiras pesquisas que tornariam o país uma referência mundial no desenvolvimento de biocombustíveis.

Desde a sua estreia comercial no Brasil, nos anos 1920, a cadeia do etanol alterna graus de maior e menor intervenção do Estado. Porém, somente com o advento do Programa Nacional do Álcool (Proálcool), na década de 1970, é que se definiu claramente uma estratégia de médio e longo prazo, permitindo que o setor privado investisse no aumento da produção e no desenvolvimento da cadeia. A motivação do governo para lançar o Proálcool foi o peso

⁸ LIMA, Maria Regina Soares de. **The political economy of brazilian foreign policy: nuclear energy, trade and Itaipu**. Brasília: FUNAG, 2013. p. 258.

⁹ HURRELL, Andrew James. **The quest for autonomy: the evolution of Brazil’s role in international system, 1964-1985**. Brasília: FUNAG, 2013. p. 276.

da conta petróleo na balança de pagamentos do país, que importava na época mais de 80% do petróleo que consumia, além da questão de segurança energética. Contribuiu também o fato de que a indústria canaveira estava com capacidade instalada ociosa¹⁰.

O Brasil continuou empreendendo esforços para diversificar sua matriz energética. O Acordo de Itaipu firmado com o Paraguai, em 1973, consolidou a presença da hidroeletricidade no suprimento elétrico nacional. No setor eólico, a exploração de potenciais áreas, como o Rio Grande do Norte, indica a disposição do governo em seguir investindo em pesquisa e desenvolvimento de fontes alternativas e sustentáveis, refletidos nos parques eólicos já existentes em território nacional.

Dessa forma, a matriz energética brasileira contém uma parcela significativa de fontes renováveis, com destaque para a energia hidroelétrica e os biocombustíveis, representando uma das mais limpas do mundo e posicionando o país como uma liderança em fontes renováveis. Não obstante, grande parte do suprimento energético ainda provém do petróleo, principalmente em virtude das descobertas provenientes do pré-sal. Por outro lado, o Brasil diminuiu consideravelmente sua dependência da importação de energia, tendo em vista que houve um aumento paulatino da produção nacional.

Consolidado o uso nacional de fontes energéticas provenientes de biocombustíveis, uma das metas da política brasileira consiste em promover a difusão de seu uso no mercado global, em especial em países em desenvolvimento, por meio da cooperação técnica bilateral ou trilateral:

Vale ressaltar que a estratégia brasileira na área de biocombustíveis está associada a preocupações com a segurança energética e com a utilização de energias renováveis com sustentabilidade ambiental, fatores que

¹⁰ NOVA CANA. **Contextualização História do Etanol**. Out. 2013. Disponível em: <https://www.novacana.com/estudos/contextualizacao-historica-do-etanol-120913>. Acesso em: 15 jan. 2021.

têm estimulado diversos países a buscar alternativas aos combustíveis fósseis e a adotar medidas para reduzir emissões de gases de efeito estufa¹¹.

O Brasil visa ampliar o uso de biocombustíveis considerando, principalmente, a sua contribuição para o desenvolvimento sustentável, cujos efeitos não se restringem ao aspecto estritamente energético, mas impacta positivamente na geração de renda e no fomento de novas tecnologias que podem ser replicadas na agricultura.

4 A premente integração energética no Mercosul

O processo de integração regional caracteriza-se, sobretudo, pela busca em explorar as potenciais complementaridades econômicas entre os parceiros. Nesse sentido, o setor energético desponta como eixo estratégico da integração na América do Sul, em particular do Mercosul. Considerando o objetivo do bloco de inserir-se internacionalmente de forma mais competitiva, o fortalecimento da integração econômica entre seus membros adquire como um de seus eixos estruturantes a interconexão energética, vital para os propósitos de robustecimento dos setores produtivos.

O Brasil, em virtude das suas dimensões territoriais e populacionais, de seus vastos recursos naturais e de sua maior capacidade de financiamento, exerce papel de liderança nas tentativas de aproximação entre os vizinhos regionais. Essa potencial convergência de interesses tem sido usada como uma estratégia para garantir a segurança energética nos países da região. Conforme salienta Fernando Pimentel:

A superação tempestiva dos obstáculos econômicos, logísticos, tecnológicos e políticos referentes à integração

¹¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Biocombustíveis no Brasil**: etanol e biodiesel. 2010. p. 7. Disponível em: https://www.novacana.com/pdf/estudos/100526_comunicadodoipea_53.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

energética, bem como o imperativo de uma preparação efetiva para a crise do PO, traz à tona, de maneira incontornável, a questão da liderança do Brasil, quer para a sustentação do processo integracionista, quer como agente potencial da transformação energética do continente. O Brasil é detentor de aproximadamente 50% do território, população e PIB da América do Sul; além de ser o maior consumidor e segundo maior produtor de hidrocarbonetos na região. É também pioneiro na produção de biocombustíveis e conta com uma das matrizes energéticas com maior participação de fontes renováveis entre as principais economias do mundo. Adicione-se a esse conjunto de indicadores a posição geográfica privilegiada do Brasil e a conclusão inevitável é a de que cabe ao País, necessariamente, um papel central não apenas na integração energética do continente, mas também na promoção de uma transição induzida para um novo paradigma energético em um horizonte de tempo que não relegue, mais uma vez, a América do Sul à periferia das grandes transformações globais¹².

A esse respeito, em 2000, foi realizada, em Brasília, a I Reunião de Presidentes da América do Sul, ocasião em que se visou a realização de medidas conjuntas para promover a interação da região. Um dos resultados da reunião foi o lançamento da Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA), em cujo âmbito o setor energético adquire especial proeminência, cujas eventuais obras gozam do financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

O Brasil também aproxima-se bilateralmente com o intuito de promover a integração energética, principalmente no âmbito da hidroeletricidade. No Mercosul, o Grupo Ad Hoc sobre Biocombustíveis tem o objetivo precípuo de estimular a cooperação no setor e sua harmonização normativa.

¹² PIMENTEL, Fernando. **O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial**: perspectivas e desafios para a atuação diplomática brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 177.

Na região, a presença da hidreletricidade também é alta, como demonstra a predominância dessa fonte energética no Brasil e no Uruguai, além de a Argentina possuir significativa parcela, embora seja majoritariamente térmica. As Hidrelétricas de Itaipu, entre Paraguai e Brasil, assim como a usina de Yacyretá, entre Argentina e Paraguai, e Salto Grande, entre Argentina e Uruguai, demonstram como a aproximação econômica pode ser explorada para que se oportunize vantagens mútuas. Nesse contexto, acrescenta-se o fato de que, no caso de Itaipu, a perspectiva de manejo sustentável da região mostrou-se presente, assinado um ano depois da Conferência de Estocolmo de 1972, um dos primeiros esforços internacionais acerca da preservação dos recursos naturais:

A experiência com a represa de Itaipu sugere valiosas lições sobre como compatibilizar as legítimas preocupações quanto ao impacto socioambiental de obras dessa envergadura com o imperativo de ampliar a oferta de energia para o desenvolvimento do país. Num momento em que eram ainda incipientes as preocupações ambientalistas, Itaipu desenvolveu modelo de geração de energia voltado para o respeito e preservação do meio ambiente. Itaipu foi muito além de uma agenda estritamente preservacionista, como por exemplo, no programa de resgate de fauna das áreas inundadas, de estudo da biodiversidade local e de programas de conscientização para a importância da conservação ambiental. Itaipu elaborou sistema de manejo sustentável do entorno do lago criado pela represa, o qual se tornou referência internacional¹³.

As fronteiras também desempenham importante papel, uma vez que muitas zonas fronteiriças são traçadas por rios, viabilizando uma exploração natural desse vasto potencial. Todos esses fatores poderiam

¹³ BIATO, Marcel. O Legado de Itaipu: Inspiração para o Futuro. *In*: ROSENTHAL, Rubens. **Integração e segurança elétrica na América Latina**. Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016. p. 19-20.

conduzir à formação de um “polo energético” que exploraria o caráter complementar dos potenciais integrantes. Empreendimentos como o Corpus Christi, da Argentina e o Garabi, do Uruguai, poderiam, na lógica da complementaridade, gerar benefícios mútuos entre os países, atendendo às crescentes demandas energéticas da região. No que se refere ao Brasil, a relativa vulnerabilidade em relação aos ciclos chuvosos torna o país sujeito a oscilações climáticas. Como forma de prevenção a eventuais interrupções de fornecimento de energia, poder-se-ia suprir as demandas com o fornecimento de energia térmica dos vizinhos¹⁴.

Importante avanço verificado nesse contexto foi a adoção do Acordo-Quadro de Complementação Energética Regional entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados. Em seu âmbito, a elaboração de diretrizes que focalizem a integração energética deve pautar a abordagem conjunta entre os interessados, a fim de desenvolver, conforme as particularidades regionais e locais, modalidades de cooperação sob o paradigma do desenvolvimento sustentável¹⁵.

A integração física, portanto, auxilia na aproximação entre os vizinhos e, com isso, as inúmeras modalidades de energia podem ser conectadas às áreas que demandam um suprimento energético adequado e propício às suas particularidades, atendendo, ademais, às capacidades financeiras de cada país e oferecendo possibilidades de ampliar os mercados consumidores de determinadas fontes de energia. Com isso, pode-se atingir de forma mais satisfatória outro objetivo do grupo, a saber, a redução das assimetrias entre seus membros¹⁶.

¹⁴ BIATO, Marcel. O Legado de Itaipu: Inspiração para o Futuro. *In*: ROSENAL, Rubens. **Integração e segurança elétrica na América Latina**. Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016. p. 19-20.

¹⁵ RAMOS, Dorel Soares. Integração Regional de Mercados de Eletricidade: Base Conceitual, Benefícios Potenciais e Oportunidades para o Cone Sul. *In*: ROSENAL, Rubens. **Integração e segurança elétrica na América Latina**. Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016. p. 19-20.

¹⁶ RAMOS, Dorel Soares. Integração Regional de Mercados de Eletricidade: Base Conceitual, Benefícios Potenciais e Oportunidades para o Cone Sul. *In*: ROSENAL,

A solidariedade regional torna-se importante indutor da integração, propiciando práticas econômicas que aperfeiçoem conjuntamente os integrantes do grupo. Nesse sentido, o compartilhamento de experiências nacionais viabiliza o aproveitamento satisfatório das múltiplas fontes energéticas com potencial de complementaridade, salvaguardando a segurança energética no que tange ao abastecimento regional.

Considerações finais

O Mercosul depara-se com condições econômicas globais que exigem uma integração mais efetiva entre seus membros, a fim de que estes insiram-se internacionalmente de forma mais competitiva e com maior poder de barganha. Nesse sentido, a integração energética torna-se um dos principais eixos do processo integracionista, por meio do qual o aproveitamento de sinergias deve ser estimulado.

O instrumental conceitual propiciado pelos estudos de Amartya Sen em torno do conceito de desenvolvimento permite a adoção de políticas multidimensionais que enfatizem as variadas facetas que o desenvolvimento pode assumir, em uma perspectiva holística e integrada, na qual a convergência entre seus elementos reflita a própria complexidade que a vida social expressa.

A importância da energia, nesse aspecto, desponta em um momento no qual muitas economias estão passando por um processo de transição que demanda, em larga medida, vasto consumo energético a fim de sustentar o desenvolvimento. Não obstante, há que se buscar meios para que esse crescimento seja realizado de forma sustentável, razão pela qual estimula-se a pesquisa em fontes energéticas renováveis e limpas. O Brasil buscou, a partir da década de 1970, conquistar sua

Rubens. **Integração e segurança elétrica na América Latina**. Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016. p. 19-20.

autonomia em termos de energia e diversificar sua matriz energética, por meio de investimentos alternativos em energia nuclear, hidráulica e em biocombustíveis, consolidando, portanto, sua posição de liderança no que tange às fontes renováveis de energia.

No âmbito do Mercosul, a integração energética apresenta-se como importante eixo de integração, na medida em que fortalece as economias de seus membros, estimula a cooperação entre si, mitiga os desníveis estruturais e propicia o desenvolvimento sustentável. O Brasil, por suas características nacionais, especialmente seu tamanho e sua capacitação técnica, deve assumir a liderança do processo de integração, agindo, contudo, em coordenação com os demais para que as potencialidades e complementaridades entre os países possa ser explorada de forma efetiva.

Referências

BIATO, Marcel. O Legado de Itaipu: Inspiração para o Futuro. *In*: ROSENTAL, Rubens. **Integração e segurança elétrica na América Latina**. Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016. p. 15-42.

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.

GROSSMAN, Gene M.; KRUEGER, Alan B. **Economic Growth and The Environment**. Working Paper N° 4634, 1994. p. 19-22.

HURREL, Andrew James. **The quest for autonomy: the evolution of Brazil's role in international system, 1964-1985**. Brasília: FUNAG, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Biocombustíveis no Brasil**: etanol e biodiesel. 2010. Disponível em: https://www.novacana.com/pdf/estudos/100526_comunicadodoipea_53.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY – IEA. **World Energy Outlook**. 2018. Disponível em: <https://webstore.iea.org/download/summary/190?fileName=English-WEO-2018-ES.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LIMA, Maria Regina Soares de. **The political economy of brazilian foreign policy**: nuclear energy, trade and Itaipu. Brasília: FUNAG, 2013.

NOVA CANA. **Contextualização História do Etanol**. Out. 2013. Disponível em: <https://www.novacana.com/estudos/contextualizacao-historica-do-etanol-120913>. Acesso em: 15 jan. 2021.

PIMENTEL, Fernando. **O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial**: perspectivas e desafios para a atuação diplomática brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

RAMOS, Dorel Soares. Integração Regional de Mercados de Eletricidade: Base Conceitual, Benefícios Potenciais e Oportunidades para o Cone Sul. *In*: ROSENTAL, Rubens. **Integração e segurança elétrica na América Latina**. Rio de Janeiro: Oficina de Livros, 2016. p. 85-108.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Migração no Brasil: cenário em risco: (a Lei nº 13.445/2017 e os diplomas internacionais à luz das diretrizes nacionais de 2019)

Migration in Brazil: risk scenarios (migration Law n. 13.445/2017 and the international diplomas in the light of 2019 national guidelines)

Marcelo Ribeiro Uchôa*

Resumo: Em 2017, entrou em vigência no Brasil a Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), que revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), projetando importante avanço civilizatório. A nova lei reconhece a presunção de boa-fé no deslocamento do migrante, circunstância não reconhecida pela norma revogada, concebida durante a ditadura militar, sob orientação de criminalização à atividade migratória. Através de elementos teóricos adquiridos na IV edição do Curso de Políticas Públicas em Direitos Humanos oferecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul, o trabalho seguinte destaca a correspondência da nova lei com os diplomas internacionais existentes, avaliando o risco fático de retrocesso na política de acolhimento realizada no Brasil. A pesquisa é bibliográfica segundo os recursos utilizados, exploratória quanto aos fins e qualitativa quanto ao conteúdo.

Palavras-chave: Lei de migração Lei 13.445/17. Brasil. Risco. Retrocesso.

Abstract: In 2017, a new Migration Law (Lei de Migração no. 13445/17) came into force in Brazil, marking a significant advance and replacing the previous

* Professor Doutor de Direito Internacional Público da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro da Secretaria de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD). Sócio de Uchôa Advogados Associados. Autor dos livros Curso Crítico de Direito Internacional Público, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2019 e Direito Internacional, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2013. Membro efetivo da Comissão Nacionais de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: marceloruchoa@gmail.com.

Foreigner's Statute Law. The new law presumes good faith in the displacement of migrants, contrasting with the earlier legislation, conceived under military rule, which criminalised migration. Using theoretical elements acquired during the IV edition of the International Course on Public Policies on Human Rights, organised by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the MERCOSUR Institute of Public Policies on Human Rights, the present bibliographical work examines the new Migration Law in light of existing international legislation and assesses scenarios of risk potentially leading to a reversion in shelter policies in Brazil.

Keywords: Migration Law. Law 13.445/17. Brazil. Risk. Retrocession.

Introdução

Para esclarecer e ordenar aspectos relacionados ao refúgio e à migração numa época marcada por grandes deslocamentos em massa, a Assembleia-Geral da ONU aprovou, em 13 de setembro de 2016, a Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes¹. Na esteira, delegações debateram e adotaram, entre os dias 10 e 11 de dezembro subsequente, na Conferência Intergovernamental de Marraquexe, o Pacto Global de Migração (Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular)².

¹ ONU. **Declaracións de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**, adoptada en 19 de septiembre de 2016, A/71/L.1, United Nations Treaty Series. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=S. Acesso em: 10 abr. 2020.

² ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular**, A/CONF.321/3, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Cf. UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **O que é o Pacto Global para Migrações Seguras, Ordenadas e regulares?** Ficha informativa. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/MEMO_18_6417. Acesso em: 10 abr. 2020.

A Declaração de Nova Iorque reafirma o compromisso com os valores globais e regionais que disciplinam os deslocamentos de pessoas em situação de refúgio e migração por motivos humanitários, ambientais e político-econômico-sociais, reforçando a tutela da dignidade humana, a garantia do direito de deslocamento e a abertura de fronteiras com acolhida digna, em associação com estratégias de políticas públicas pelo Estado acolhedor e a iniciativa privada, visando à real integração social do não nacional. O Pacto Global para Migrações Seguras, Ordenadas e regulares de 2018, por sua vez, assegura inúmeros princípios transversais e independentes de fortalecimento da Declaração de 2016.

Em 24 de maio de 2017, foi promulgada no Brasil a Lei n. 13.445 (Lei de Migração)³, que revogou inteiramente o até então vigente Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), aportando grande diferença de filosofia normativa com os dispositivos suplantados. Ao contrário da norma revogada, que se orientava à criminalização da atividade migratória, a lei nova se integrou à presunção de boa-fé na circulação de pessoas respaldada por diplomas internacionais do sistema global e regional de proteção à pessoa humana, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigos 13 e 14)⁴ e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 22)⁵. Conformou-se com os pressupostos dos dois postulados normativos específicos

³ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁴ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁵ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

supramencionados, a Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes de 2016, vindo naturalmente a adequar-se ao Pacto Global de Migração de 2018.

Ocorre que o governo brasileiro que assumiu mandato eletivo em 1º de janeiro de 2019 vem se mostrando reticente quanto ao benefício da atividade migratória, havendo, em seus primeiros dias de gestão presidencial, determinado a retirada do país do Pacto Global de Migração e editado, via Ministério da Justiça, a Portaria n. 666, de 26 de julho de 2019⁶, dispondo sobre o impedimento de ingresso, repatriação e deportação sumária de pessoas consideradas perigosas ou que tenham praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição. Reside nestas duas atitudes, bem como em outras que serão esmiuçadas adiante, a preocupação da presente pesquisa: analisar as novas orientações políticas à luz da perspectiva na lei interna e dos diplomas internacionais, com olhar para o risco de retrocesso das políticas públicas migratórias brasileiras⁷.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria n. 666, de 26 de julho de 2019**. Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, [2020]. Disponível em: Imprensa Nacional, <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-666-de-25-de-julho-de-2019-207244569>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁷ À época da promulgação da Lei, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos, congratulou-se com o governo brasileiro. “Felicitó o Brasil porque esta lei representa um avanço importante para a proteção das pessoas migrantes e outras em contexto da mobilidade humana [...] incorpora um conjunto de avanços em relação ao Estatuto do Estrangeiro, que representam boas práticas a serem seguidas por outros Estados da região”, nas palavras do Comissário Luis Ernesto Vargas Silva, relator sobre os Direitos dos Migrantes, segundo noticiado em veículos de comunicação oficial da entidade. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **CIDH celebra aprovação da nova Lei de Migração do Brasil**. Comunicado de imprensa de 16 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/078.asp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

1 Desenvolvimento

1.1 A migração

A migração consiste num deslocamento populacional permanente ou de larga duração, tomando como referência um território. Consoante destacado, em setembro de 2016, a Assembleia-Geral da ONU adotou a Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes⁸, que resultou, doravante, na aprovação, em dezembro de 2018, do Pacto Global de Migração (Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular)⁹, na Conferência de Marraquexe. Este, apesar de não vinculativo, consagrava importantes princípios e objetivos assecuratórios migratórios previstos na Declaração.

A Declaração reafirma o compromisso da sociedade internacional com os valores que contornam o disciplinamento do direito internacional voltada aos direitos humanos em geral e, especificamente, aos grandes deslocamentos de pessoas, sejam derivados de situações de busca por refúgio ou de deslocamento forçoso, por motivos humanitários, derivados de razões ambientais ou político-econômico-sociais. Reafirma, outrossim, o compromisso com a tutela da dignidade humana, o direito ao deslocamento (mesmo em massa), bem como com a abertura de fronteiras e a eventual acolhida digna, inclusive associada à programação de políticas públicas envolvendo Estados envolvidos e

⁸ ONU. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**, adoptada en 19 de septiembre de 2016, A/71/L.1, United Nations Treaty Series. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=S. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹ ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular**, A/CONF.321/3, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Cf. UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **O que é o Pacto Global para Migrações Seguras, Ordenadas e regulares?** Ficha informativa. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/MEMO_18_6417. Acesso em: 10 abr. 2020.

iniciativa privada, com apoio da sociedade internacional, para real efetivação da acolhida com integração social do refugiado ou migrante à comunidade de suporte, compromissos assumidos como objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável¹⁰⁻¹¹.

Na Declaração, os Estados partes comprometem-se a dar cabo de inúmeros entendimentos, entre os quais, além do aperfeiçoamento permanente das regras concernentes do refúgio, a elaborar, desde ali, um marco específico voltado à migração segura, ordenada e regular¹². Por isso foi concebido, em 2018, o supra referido Pacto Global, o qual assegura como princípios transversais e independentes: o concentrar-se nas pessoas, a cooperação internacional, a soberania nacional, o Estado de direitos e garantias processuais, o desenvolvimento sustentável, os direitos humanos, a perspectiva de gênero, a perspectiva das crianças, a abordagem governamental transversal e a abordagem multissocial¹³. Em seu marco de cooperação o Pacto Global de 2018 propõe a assunção de 23 objetivos concretos¹⁴, todos voltados à segurança, ordem e regularidade migratória. A despeito da fundamentalidade dos princípios consagrados e dos objetivos propostos, o Pacto Global, por previsão dispositiva própria (art. 15b, vide nota exposta), não é norma vinculativa, submetendo-se, em excesso, à manifestação volitiva de cada Estado nos

¹⁰ ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Agenda 2030. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹¹ LA MIGRACIÓN en la Agenda 2030: Guía para profesionales. **ONU Migración**, Ginebra, OIM, 2018. Disponível em: http://www.migration4development.org/sites/default/files/es_sdg_web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹² ONU. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**, adoptada en 19 de septiembre de 2016, A/71/L.1, United Nations Treaty Series. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=S. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹³ ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular**, A/CONF.321/3, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁴ Cf. ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular**, A/CONF.321/3, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

procedimentos de incorporação e efetivação de seus fundamentos às ordens domésticas. Apesar da promulgação (em dezembro de 2018) haver contado com a adesão imediata de 164 países, certas nações importantes, que lidam recorrentemente com situações migratórias delicadas e de ressonância social grave, não firmaram o documento global, caso, por exemplo, dos Estados Unidos, que sequer participaram de seu processo de elaboração.

No rastro estadunidense, distorcendo uma lógica de política exterior republicana arraigada no tempo, o governo brasileiro principiado em 2019 comunicou nos primeiros dias de mandato a retirada do Brasil do Pacto¹⁵. A medida demarca sinalização de retrocesso civilizatório no país, uma vez que os pressupostos recomendados na norma global se adequam aos fundamentos assecuratórios da migração consagrados na Constituição nacional e na lei específica brasileira sobre o assunto. Ademais, configura-se vexatória para a imagem exterior brasileira, uma vez que o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional com a pactuação migratória participando ativamente de seus processos de elaboração e adoção.

Contudo, embora abandonando o Pacto consoante comentado, o Brasil possui recente regulação legislativa sobre o tema, a Lei n. 13.445/17 (Lei de Migração), a qual precisa ser necessariamente observada por qualquer governo do país, mesmo os mais reticentes com uma abordagem favorável ao assunto. Pela referida lei, o fenômeno migratório pressupõe trabalho ou residência e estabelecimento,

¹⁵ “O Ministério das Relações Exteriores pediu nesta terça-feira (08/01), através de telegrama, que os diplomatas brasileiros comuniquem às Nações Unidas a saída do Brasil do Pacto Global para a Migração da ONU. No documento, o Itamaraty solicita às missões do Brasil na ONU e em Genebra que informem o secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, e o diretor-geral da Organização Internacional de Migração, António Vitorino, que o Brasil se dissocia do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular”. Cf. BRASIL deixa pacto de migração da ONU. **Deutsche Welle**, 9 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-pacto-de-migra%C3%A7%C3%A3o-da-onu/a-47005898>. Acesso em: 10 abr. 2020.

temporário ou definitivo, no Brasil (art. 1º, § 1º, II)¹⁶, isto é, sendo necessário para sua configuração a existência de um *animus* em residir, ainda que temporariamente, no país. Por consequência, não são considerados migrantes os visitantes em geral, cuja passagem pelo Brasil é de curta duração, sem intenção residencial temporária ou definitiva, por exemplo, a turismo, negócios, exercício de certas atividades especificadas em lei (por exemplo, artísticas ou desportivas) ou trânsito. Os residentes fronteiriços (do país vizinho) e apátridas também não são considerados propriamente migrantes, apesar de poderem vir a gozar de tratamento especial no país, os primeiros, por exemplo, com facilitação da circulação para realização de atos da vida civil (o que inclui o trabalho); os outros, com acolhimento territorial e eventual facilitação nos processos de permanência e até de nacionalização¹⁷.

1.2 A Situação jurídica do visitante estrangeiro e do migrante no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, no art. 5º, que, nos termos das liberdades fundamentais dispostas no corpo do respectivo artigo, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, “garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹⁸. A Lei de Migração replica no caput do art. 4º o entendimento preconizado na Constituição: “ao

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁷ A lei também esclarece (art. 2º) que, em razão do caráter e da representação das atividades que vêm a desempenhar no país, também se distinguem dos migrantes em geral os refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional, bem como os correspondentes familiares, os quais se submetem a normas internas e internacionais específicas.

¹⁸ 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 abr. 2020.

migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹⁹. Assegura, porém, no corpo do mesmo dispositivo, ao lado de certas liberdades fundamentais, uma série de direitos fundamentais protetores da condição migratória.

As garantias dispostas, no art. 4º, da Lei de Migração de 2017 marcam importante diferença de filosofia com o fundamento ontológico do Estatuto do Estrangeiro de 1980. Reconhece-se, com boa margem de avanço, presunção de boa-fé nas intenções de deslocamento do migrante e do visitante, circunstância que não se via anteriormente na norma revogada, fruto dos anos de chumbo do regime ditatorial civil-militar então em vigor, a qual, ancorada em suposto risco à segurança nacional, em tudo orientava criminalizar a atividade migratória. A perspectiva intimidatória do Estatuto do Estrangeiro ia de encontro às premissas de liberdade de locomoção previstas pelo sistema global de proteção dos direitos humanos, vide, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos artigos 13 e 14 já citados em nota anterior²⁰. Afrontava, igualmente, a liberdade de circulação pressuposta pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos, segundo também já observado pela redação supra mencionada do artigo 22 do Pacto de San José da Costa Rica de 1969²¹.

O Estatuto de 1980 era de tal maneira hostil ao deslocamento de não nacionais pelo Brasil, que chegava a referir-se ao estrangeiro sem

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁰ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²¹ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

documentos pejorativamente, como se clandestino fosse ou como se estivesse dolosamente irregular, vedando-lhe, por conseguinte, a legalização da estada e a transformação de vistos de trânsito, turista, temporário e de cortesia em vistos permanentes (art. 38)²²; dispunha, pressupondo que sua vinda poderia ser prejudicial ao país, que o mesmo poderia entrar, permanecer e sair do Brasil, satisfeitas as condições legais, “em tempo de paz” e resguardados os interesses nacionais (art.1º)²³. Não deixando quaisquer dúvidas sobre a indisposição com o recebimento de visitantes ou migrantes, o Estatuto dispunha, no art. 2º, que “na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”. Rezava o antigo Estatuto que “o visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito” (art. 26). Por sua vez, “o impedimento (de entrada) de qualquer dos integrantes da família poderá estender-se a todo o grupo familiar” (art. 26, § 1º).

Enfim, vedações e vedações eram impostas aos estrangeiros (art. 106, por exemplo)²⁴, sobretudo migrantes, até mesmo à naturalização brasileira condicionava-se à exigência de “boa saúde” do estrangeiro (Estatuto do Estrangeiro, art. 112, VIII²⁵). Isto porque, segundo o parágrafo único do art. 16, a imigração teria que objetivar, “primordialmente, propiciar mão de obra especializada aos vários setores da economia

²² BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²³ BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁵ BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

nacional, visando ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos”²⁶.

Já a Lei de Migração de 2017 caminhou ao encontro dos fundamentos adotados na Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em setembro de 2016, eventualmente geradora do Pacto Global sobre Migração, normas às quais o Brasil, como já ressaltado, não apenas voluntariamente aderiu, como participou ativamente de suas elaborações²⁷. Foi aprovada, portanto, consagrando uma série de princípios valorativos da dignidade humana da pessoa migrante alocados no art. 3º^{28/29}.

Com efeito, do ponto de vista normativo, a Lei de Migração, ao desconstituir a presunção de risco da atividade migratória, fez justiça ao que já pressupunha, por sua teleologia e análise sistêmica, a Constituição da República (caput do art. 5º citado, combinado com o § 2º do art. 5º³⁰ e os incisos II, IX, X e parágrafo único do art. 4º³¹), bem como semelhantemente idealizavam várias convenções internacionais concluídas pelo Brasil, representando, portanto, dever jurídico internacional do Estado brasileiro assumir, desde então e doravante, a obrigação de não apenas não coibir a

²⁶ BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁷ Apesar do país haver comunicado formalmente sua retirada do Pacto Global de Migração de 2018, segundo explicitado.

²⁸ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁹ Apesar disso e dos argumentos jurídicos expostos, a aprovação da Lei de 2017 não se furtou de receber inúmeras críticas de certos setores da sociedade brasileira, recebendo mais de uma dezena de vetos, inclusive sobre dispositivo que anistiava imigrantes em situação irregular ou que tivesse processo de regularização em andamento.

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 abr. 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: 10 abr. 2020.

entrada de estrangeiros no país (sejam visitantes, migrantes ou apátridas), como procurar assistir sua permanência com adoção de políticas públicas de inserção e integração social.

Sob essa perspectiva social, a promulgação da Lei de Migração representou a vitória do país sobre uma incoerência grave contra a própria história, pois os alicerces de formação Estado brasileiro foram consolidados pela atividade migratória, institucionalmente estimulada pelo Brasil, sobretudo no período de desmobilização da escravatura e pós-abolição³², quando buscou-se a ocupação de postos de trabalho anteriormente preenchidos por negros afro-brasileiros, primeiro por europeus, depois por asiáticos, inclusive com o esteio de atingir-se a um condenável branqueamento do perfil étnico nacional, segundo as orientações de um racismo científico promovido pelo Estado³³.

No que toca aos direitos políticos dos não brasileiros no país a Constituição impõe-lhes restrições aos direitos de votar e serem votados (art. 14, §2º e § 3º, I)³⁴, exceto os portugueses, desde que satisfeitas as condições do inciso II, § 1º, do art.12: “Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”³⁵. Cumpre ressaltar que o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República

³² Quadra final do século XIX e início do século XX. Cf. CAMMAROTA, Luciana. “Imigrantes nas cidades no Brasil do século XX”. São Paulo: Atual, 2007, p. 7.

³³ Cf. CAMMAROTA, Luciana. “**Imigrantes nas cidades no Brasil do século XX**”. São Paulo: Atual, 2007. p. 31.

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: 10 abr. 2020.

³⁵ 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 abr. 2020.

Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000 (Decreto 3927, de 19 de setembro de 2001), também dispõe sobre o tema³⁶.

A Lei de Migração, a qual, segundo comentado, passou a dispor sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regulando entrada e estada no país e estabelecendo princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante, disciplinando, também, sobre apátridas e residentes fronteiriços e sobre emigração, especialmente no que toca ao apoio ao brasileiro no exterior, foi regulamentada pelo Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017³⁷, que esmiúça pontos relevantes sobre toda complexidade temática. Ambas as normas domésticas abrigaram princípios internacionais essenciais à migração adequada, como, por exemplo, o direito de toda pessoa à livre locomoção entre os Estados, a boa-fé do migrante, a importância da migração para o desenvolvimento das nações e à paz universal, o acolhimento humanitário em motivos extremos de necessidade e mesmo a facilitação de regularização documental de entrada e permanência no país e naturalização para estrangeiros, e, sobretudo, apátridas.

No que pese o reconhecimento do direito internacional de livre circulação e de facilitação da entrada e estadia do não nacional no Brasil, a Lei de Migração impõe a satisfação de alguns requisitos. A mais elementar das exigências para a entrada é o porte do passaporte, documento policial de trânsito internacional emitido pelo país, com o visto brasileiro, documento emitido, via de regra, pelas repartições consulares do país no exterior, que permite a entrada por certo período, para o exercício de dadas finalidades.

³⁶ BRASIL. **Decreto n. 3.927, de 19 de setembro de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República. [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

³⁷ BRASIL. **Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

O passaporte é um documento fundamental à entrada do estrangeiro, mas a Lei de Migração prevê, no art. 5º, outras espécies de documentos de viagem, a depender do tipo de trânsito: passaporte; laissez-passer; autorização de retorno; salvo-conduto; carteira de identidade de marítimo; carteira de matrícula consular; documento de identidade civil ou documento estrangeiro equivalente, quando admitidos em tratado; certificado de membro de tripulação de transporte aéreo; e outros que vierem a ser reconhecidos pelo Estado brasileiro em regulamento”³⁸.

Já quanto aos vistos, os arts. 12 e seguintes da Lei preveem existência de hipóteses: visita; temporário; diplomático; oficial; e de cortesia. Pela inteligência do art. 13, o visto de visita poderá ser concedido ao visitante que venha ao Brasil para estada de curta duração, sem intenção de estabelecer residência, em casos de turismo, negócios, trânsito, atividades artísticas ou desportivas e outras hipóteses definidas em regulamento. Ao beneficiário de visto de visita é vedado exercer atividade remunerada no Brasil, contudo, é possível o recebimento de pagamento do governo, de empregador brasileiro ou de entidade privada a título de diária, ajuda de custo, cachê, pró-labore ou outras despesas com a viagem, bem como concorrer a prêmios, inclusive em dinheiro, em competições desportivas ou em concursos artísticos ou culturais. O visto de visita não será exigido em caso de escala ou conexão em território nacional, desde que o visitante não deixe a área de trânsito internacional.

Segundo o art. 14³⁹, o visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em qualquer das seguintes hipóteses: I - o visto temporário tenha como finalidade: a) pesquisa, ensino ou extensão

³⁸ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

³⁹ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

acadêmica; b) tratamento de saúde; c) acolhida humanitária; d) estudo; e) trabalho; f) férias-trabalho; g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário; h) realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural; i) reunião familiar; j) atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado; II – o imigrante seja beneficiário de tratado em matéria de vistos; III – outras hipóteses definidas em regulamento.

Não se exigirá do marítimo que ingressar no Brasil em viagem de longo curso ou em cruzeiros marítimos pela costa brasileira o visto temporário de trabalho, bastando a apresentação da carteira internacional de marítimo, nos termos de regulamento. É reconhecida ao imigrante a quem se tenha concedido visto temporário para trabalho a possibilidade de modificação do local de exercício de sua atividade laboral. O visto para realização de investimento poderá ser concedido ao imigrante que aporte recursos em projeto com potencial para geração de empregos ou de renda no País.

O art. 15⁴⁰ dispõe que os vistos diplomático, oficial e de cortesia serão concedidos, prorrogados ou dispensados na forma desta Lei e de regulamento. Os vistos diplomático e oficial poderão ser transformados em autorização de residência, o que importará cessação de todas as prerrogativas, privilégios e imunidades decorrentes do respectivo visto. Ambos poderão ser concedidos a autoridades e funcionários estrangeiros que viajem ao Brasil em missão oficial de caráter transitório ou permanente, representando Estado estrangeiro ou organismo internacional reconhecido, podendo ser estendidos aos dependentes. Aos titulares de tais vistos não se lhes aplicam as disposições da legislação

⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

trabalhista brasileira. Pelo art. 17⁴¹, o titular de visto diplomático ou oficial somente poderá ser remunerado por Estado estrangeiro ou organismo internacional, ressalvado o disposto em tratado que contenha cláusula específica sobre o assunto. O dependente de titular desses vistos, por sua vez, poderá exercer atividade remunerada no Brasil, sob o amparo da legislação trabalhista brasileira, desde que seja nacional de país que assegure reciprocidade de tratamento ao nacional brasileiro, por comunicação diplomática.

O empregado particular titular de visto de cortesia somente poderá exercer atividade remunerada para o titular de visto diplomático, oficial ou de cortesia ao qual esteja vinculado, sob o amparo da legislação trabalhista brasileira, é o que dispõe o art. 18 da Lei de Migração. “O titular de visto diplomático, oficial ou de cortesia também será responsável pela saída de seu empregado do território nacional”⁴².

Finalmente, o art. 45 da Lei de Migração estabelece que “ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política”, embora a solicitação de entrada possa ser negada com fundamento em certos critérios extremamente excepcionais segundo a disposição legal.

Ou seja, a regra geral empreendida pela Lei de Migração é não impedir a entrada do não nacional no país, menos ainda se houver obtido o visto brasileiro anteriormente à entrada no Brasil. Não há mais espaço, como havia no tempo de vigência do Estatuto do Estrangeiro, para a liberalidade do agente policial migratório agir segundo sua livre intuição. A ótica de que a concessão do visto era mera expectativa de concessão de entrada, podendo de nada valer, foi superada pela referida lei. A

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁴² BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

permanência no país, com a transformação do visto de visita em autorização residência, a renovação de vistos e a conversão de um tipo em outro, tudo isso foi facilitado pela lei de 2017.

Segundo o art. 38 da Lei de Migração, “as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteira serão realizadas pela Polícia Federal nos pontos de entrada e de saída do território nacional”⁴³. Diferentemente do antigo Estatuto do Estrangeiro, a Lei de Migração prevê, no art. 40, que a admissão no território nacional poderá ser autorizada a pessoa que se encontre sem visto brasileiro, desde que de posse de visto de viagem (art. 40, I), o mesmo sendo permitido, a titular de visto emitido com erro ou omissão (art. 40, II), a quem haja perdido a condição de residente por ter permanecido ausente do país, detendo, porém, condições objetivas para nova autorização de residência (art. 40, III), ou de criança ou adolescente desacompanhado de responsável legal e sem autorização expressa para viajar desacompanhado, independentemente do documento de viagem que portar, devendo doravante haver encaminhamento imediato ao Conselho Tutelar ou, em caso de necessidade, a instituição indicada pela autoridade competente (art. 40, V).

1.3 Medidas compulsórias de retirada de estrangeiro do Brasil

A regra geral do direito internacional é que o não nacional permaneça no país de destino até que as razões de sua visita se exauram e lhe levem a retornar normalmente ao país de origem ou a seguir viagem. Nem sempre isso ocorre sem incidências traumáticas, há situações em que a permanência do não nacional no país se torna inviável, seja por decorrência de uma entrada irregular não regularizada posteriormente, uma estada ou domicílio em desconformidade com as prescrições legais cabíveis, devido ao não nacional haver-se tornado, de

⁴³ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

alguma maneira, nocivo ao país, ou mesmo por razões de extradição, em decorrência de colaboração internacional.

O Capítulo V da Lei de Migração (Lei n. 13.445/17)⁴⁴ trata das Medidas de Retirada Compulsória do estrangeiro do Brasil. Tais medidas compulsórias de saída devem observar o disposto no Estatuto dos Refugiados, bem como nos tratados, instrumentos e mecanismos que discorram sobre apátridas ou situações humanitárias, o que significa dizer que não serão levadas a efeito caso o não nacional esteja sob a proteção de citados postulados (art. 46). Segundo a lei, as hipóteses de retirada compulsória do estrangeiro, uma vez justificadas, dar-se-ão para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou visitante, ou para outro que o aceite, em observância aos tratados dos quais o Brasil seja parte (art. 47). São medidas de retirada compulsória (art. 47): a repatriação, a deportação e a expulsão. Segundo o art. 49, a repatriação “consiste em medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade”⁴⁵. O ato fundamentado de repatriação deve ser comunicado imediatamente à empresa transportadora ou à autoridade consular de procedência ou de nacionalidade do migrante ou visitante, ou a quem lhe represente. A defensoria pública da União também deverá ser comunicada para, querendo, assistir o repatriado.

Já pelo art. 50 da Lei de Migração, lê-se que a deportação “é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional”. Pelos termos do parágrafo primeiro a deportação será precedida de “notificação pessoal ao deportando, da qual

⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

constem, expressamente, as irregularidades verificadas e prazo para a regularização não inferior a 60 (sessenta) dias”, podendo ser prorrogado pelo mesmo período por despacho fundamentado e compromisso da pessoa de manter atualizadas suas informações de domicílio. A Lei de Migração estipula que a notificação prévia para regulamentação da deportação não impede a circulação do estrangeiro no país, mas este deverá informar às autoridades competentes sobre seu domicílio e atividades em âmbito doméstico. Além disso, deverá observar o prazo de regularização estipulado, sob pena de efetivação da deportação. Em todo caso, os procedimentos condizentes à deportação devem respeitar o contraditório, a ampla defesa, e resguardar a garantia de suspensão a eventual recurso. A defensoria pública da União também deverá ser notificada. Para todos os efeitos, a saída voluntária equivale ao cumprimento da notificação de deportação para todos os fins.

Em casos de apátridas, a deportação dependerá de prévia autorização das autoridades competentes. Não se procederá à deportação no caso de extradição inadmitida pela legislação brasileira.

Sobre a expulsão, o art. 54 da Lei de Migração dispõe que “consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado”⁴⁶. Trata-se de uma situação mais complexa em que a simples ausência de regularização documental, pressupondo o cometimento de um crime. Segundo o § 1º do art. 54, poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de crimes dispostos em seu corpo normativo. Pela lei, a autoridade competente deve resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão, observado a lei doméstica. O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de

⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro. Segundo o art. 55, não se procederá à expulsão quando: I – a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira; II – o expulsando: a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela; b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente; c) tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País; d) for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão⁴⁷.

Na hipótese de subsistência dos impeditivos do artigo a situação migratória do expulsando cujo processo estiver em curso deverá ser considerada regular (art. 59)⁴⁸. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa (art. 58)⁴⁹ e a Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído (art. 58, § 1º). Caberá pedido de reconsideração da decisão sobre a expulsão no prazo de 10 dias, a contar da notificação pessoal do expulsando (art. 58, § 2º). A existência de processo de expulsão não impede a saída voluntária do expulsando do País (art. 60).

Finalmente, cumpre dizer que a Lei de Migração inova o ordenamento nacional incorporando importantes conceitos relacionados ao

⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁴⁹ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

impedimento de aplicação de medidas compulsórias de retirada de não nacionais inexistentes durante a égide do antigo Estatuto do Estrangeiro, por exemplo: a) não se procederá no país à repatriação, deportação ou expulsão coletivas, ou seja, não individualizadas (art. 61); b) igualmente, não se procederá à repatriação, deportação ou expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal (art. 62); c) a Lei de Migração define como processo de cooperação, e não como medida de retirada compulsória, a extradição de não nacional (art. 81 e seguintes).

1.4 Medidas de colaboração internacional: extradição

Acerca da extradição de não nacionais, segundo definido pela lei migratória como medida de cooperação internacional, não mais como de retirada compulsória, a exemplo do que pressupunha o antigo Estatuto do Estrangeiro, os dispositivos 81 a 101 são autoexplicativos nas hipóteses possíveis⁵⁰. Quando se refere à extradição referida lei também disciplina sobre as hipóteses de transferência de execução da pena.

Desde o Império, o Brasil mantém tratados de extradição com diversas nações, os quais, com o passar dos anos, foram se estendendo cada vez mais. Atualmente, o país mantém acordos de colaboração do tipo com todos os países da América do Sul, exceto a Guiana. Possui, também, tratados com Alemanha, Angola, Austrália, Áustria, Bélgica, Camarões, Canadá, Cazaquistão, China, Coreia do Sul, Emirados Árabes Unidos, Espanha, Estados Unidos, França, Guatemala, Grécia, Hungria, Ilha de Man, Índia, Irã, Israel, Itália, Líbano, Lituânia, Marrocos, México, Moçambique, Portugal, Reino Unido e Irlanda do Norte, Países Baixos, Panamá, República Dominicana, Romênia, Rússia, Suíça,

⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

Ucrânia⁵¹. Há, ainda, outros tratados de extradição e de auxílio jurídico mútuo em matéria penal em trâmite.

A extradição é um processo judicial. No Brasil, a competência para julgar o pedido de extradição é do Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 102, I, g, da Constituição⁵². Para declarar a extradição, em tese, o STF não entra no mérito da apuração sobre o fato criminoso causador do pedido, apenas avalia se há tratado de extradição entre as nações envolvidas, se o pedido está de acordo com a lei doméstica, se há configuração de dupla tipicidade nas legislações de ambos os países e se não há prescrição do crime objeto do pedido.

No tocante ao ato de determinar a extradição, o STF decidiu por ocasião do julgamento do pedido de extradição do italiano Cesare Battisti⁵³ que a Corte apenas decide sobre a possibilidade legal da requisição, sendo do Presidente da República a competência para efetivar ou não a medida, em função das competências privativas do art. 84 da Constituição⁵⁴, relativas à representação exterior do Estado.

No Brasil, não se concede extradição de nacionais, salvo do naturalizado se o fato motivador da medida se deu antes da naturalização. O fato do extraditando ser casado com cônjuge brasileiro ou possuir filhos brasileiros não impede a extradição. Não se concede extradição para interrogatórios, nem em casos em que haja extinção de punibilidade. Não se concede extradição, também, por crimes de natureza civil, fiscal ou político

⁵¹ BRASIL. **Ministério das Relações Exteriores**. Concordia, Busca extradição, <https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?s=extradi%C3%A7%C3%A3o&tipoPesquisa=1>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁵² 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 abr. 2020.

⁵³ BRASIL. **Petição Avulsa na Extradição 1.085 da República Italiana**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁵⁴ 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 abr. 2020.

(CF, art. 5º, LII)⁵⁵, porém, não é considerado político os crimes de genocídio, terrorismo e crimes contra a paz e humanidade. Igualmente não se concede extradição em processos nos quais haja violação de direitos e garantias fundamentais, por exemplo, em processos por preconceito racial, em que haja pena cruel como amputação de órgãos e membros, ou quando para julgamento em tribunal de exceção ou à revelia. E, também, não se concede extradição por razões de humanidade, por exemplo, quando o extraditando está enfermo ou muito senil. Outrossim, quando há possibilidade de condenação de pena de morte ou de prisão perpétua no exterior, o Brasil somente extradita o estrangeiro se houver compromisso de comutação de tais penas em pena privativa de liberdade por, no máximo, 40 anos (sanção limite do país⁵⁶⁻⁵⁷).

Em síntese, são princípios fundamentais da extradição reconhecidos pelo Brasil: o autdedereautjudicat/punire (ou se dá ou se julga/pune): o Estado ao qual se solicita a extradição compromete-se a julgar o extraditando, segundo o crime motivador da extradição, caso o pedido de extradição seja negado; a dupla incriminação/identidade: somente haverá extradição se o crime objeto do pedido de extradição for

⁵⁵ 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 abr. 2020.

⁵⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁵⁷ A partir do dia 23 de janeiro de 2020 entrou em vigor a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou a legislação penal. Por alteração de seu art. 2º o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) passou a vigorar com a seguinte alteração em seu art. 75:

“Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. Cf. BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

tido como crime nos dois Estados; o non bis in idem: não ocorrerá extradição de pessoa julgada por tribunal nacional e com decisão transitada em julgado; a especialidade: o extraditando somente será julgado pelos crimes especificados no pedido de extradição.

Excepcionalmente, também são reconhecidos pelo país os princípios: da extradição supletiva e da purga de extradição. A extradição supletiva é a autorização do Estado extraditante ao extraditado para que julgue o extraditando por outros crimes mesmo após já formulado pedido inicial de extradição por crime diverso. A purga de extradição, por sua vez, considera que havendo sido descobertos outros crimes cometidos pelo extraditando após o processo de extradição, deve-se conceder-lhe prazo de 3 a 6 meses, após o cumprimento da pena pelo crime motivador da extradição, para que saia do Estado em que cumpriu a condenação, sob pena de poder ser novamente julgado e condenado⁵⁸.

1.5 Naturalização

Apesar da especificidade do assunto, a naturalização também é um tema tocado pela Lei n. 13.445/17⁵⁹. Como regra geral, o inciso II do art. 12 da Constituição⁶⁰ prescreve que para a naturalização de não nacionais oriundos de países de língua portuguesa é requerido o domicílio no Brasil por um período mínimo de um ano ininterrupto, além de idoneidade moral (inciso II, alínea a)⁶¹. Já para os demais estrangeiros não

⁵⁸ UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Curso Crítico de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019. p. 385-386.

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁶⁰ 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 abr. 2020.

⁶¹ 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 abr. 2020.

falantes de língua portuguesa a requisição de tempo mínimo de residência no país é de 15 anos ininterruptos, não podendo haver condenação penal (inciso II, alínea b). Este prazo poderá ser diminuído com base em condições previstas na Lei de Migração, consoante será visto abaixo.

A concessão da naturalização (que deve ser requerida administrativamente) tem sido interpretada como uma faculdade do Executivo através do Ministério da Justiça⁶², desse modo, a presença dos requisitos formais estipulados pelo art. 12, II e alíneas, da Constituição não garantem ao naturalizando o direito à nacionalidade brasileira. Contudo, sendo-lhe negada administrativamente a naturalização, a Lei de Migração prevê ao naturalizando a possibilidade de recorrer judicialmente em procedimento contencioso⁶³, a fim de que sejam revisadas a pertinência e a licitude dos critérios administrativos utilizados na decisão denegatória. Independentemente de o pedido de naturalização ser homologado administrativamente (autorizado via portaria do Ministério da Justiça) ou decidido em eventual juízo contencioso, incumbirá a um magistrado federal competente a entrega solene do certificado de naturalização, estando o beneficiário, apenas a partir desse momento, com a nacionalidade brasileira reconhecida.

Importante salientar que a naturalização de um solicitante não implica em aquisição automática da nacionalidade brasileira a outros membros de sua família (cônjuges e filhos), nem lhes autoriza ou obriga a entrar ou radicar-se no país. Esse assunto encontra eco na Lei de Migração, cujo capítulo VI destina-se a disciplinar sobre opção de nacionalidade e naturalização. Sobre as formas de naturalização, o art. 64 da Lei nº 13.445/17 viceja os modelos ordinário, extraordinário, especial e provisório.

⁶² BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁶³ Na Justiça Federal pelas competências dispostas no supracitado art. 109, X, da Constituição.

A naturalização ordinária será concedida ao estrangeiro que possua capacidade civil de acordo com a lei brasileira, tenha residência no país no prazo mínimo de 4 anos, possua domínio da comunicação em português e não tenha condenação penal ou já esteja reabilitado (art. 65 da Lei nº 13.445/17)⁶⁴. Este prazo de 4 anos será reduzido para, no mínimo, 1 ano, se o estrangeiro preencher uma das seguintes condições: tiver filho brasileiro; possuir cônjuge ou companheiro brasileiro, não estando separado deste, legalmente ou de fato, na ocasião da naturalização; houver prestado ou poder prestar serviço relevante ao país; tiver naturalização recomendada em razão de sua capacidade profissional, científica ou artística (art. 66).

A naturalização extraordinária contempla a hipótese do art. 12, II, alínea b, da Constituição. Será concedida à pessoa de qualquer nacionalidade fixada no país há mais de 15 anos ininterruptos, sem condenação penal, desde que a requeira (art. 67 da Lei nº 13.445/17).

A naturalização especial poderá ser concedida ao estrangeiro nas seguintes condições: se ele for cônjuge ou companheiro, há mais de 5 anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do país no exterior; ou se tiver sido empregado em missão diplomática ou repartição consular do Brasil por mais de 10 anos ininterruptos (art. 68 da Lei nº 13.445/17). Para a concessão da naturalização especial o estrangeiro deve possuir capacidade civil segundo a lei nacional, comunicar-se em português, além de não ter condenação penal ou já estar reabilitado, nos termos do art. 68. Por fim, a naturalização provisória será concedida ao migrante, criança ou adolescente, que tenha fixado residência no país antes de completar 10 anos de idade, devendo ser requerida pelo representante legal (art. 69). A naturalização será convertida em definitiva se, dentro do prazo de 2

⁶⁴ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

anos após atingida a maioria, o naturalizando assim o requerer expressamente (art. 70, parágrafo único).

Consoante já frisado, o art. 12, inciso II, § 1º, da Constituição prescreve que “aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”⁶⁵. Por outro lado, o § 2º dispõe que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”. Ou seja, a Constituição reserva a brasileiros natos certos direitos não extensíveis a brasileiros naturalizados. São privativos de brasileiros natos, por disposição do §3º do art. 12 da Constituição, os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas, de Ministro de Estado da Defesa.

Os direitos políticos, já se disse, são vedados aos estrangeiros, salvo se houver regras de reciprocidade (por exemplo, o Tratado da Amizade entre Brasil e Portugal), mas, uma vez naturalizando-se, farão jus ao gozo de tais direitos, exceto no tocante aos cargos privativos dos brasileiros natos narrados acima. Estipula o art. 72 da Lei de Migração, que “no prazo de até 1 (um) ano após a concessão da naturalização, deverá o naturalizado comparecer perante a Justiça Eleitoral para o devido cadastramento”. Com fulcro na autorização dos parágrafos 2º e 3º, do art. 14, da Constituição poderão votar para cargos eletivos e serem votados para cargos não privativos de natos. Além disso, por interpretação de outros dispositivos constitucionais, poderão pertencer a partidos políticos.

Brasileiros naturalizados poderão ser servidores públicos e alistar-se nas forças armadas embora sem direito de assumir a condição

⁶⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 7 de junho de 1994**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ecr3.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

de oficiais. Ou seja, ainda que na condição de excepcionalidade, a Constituição mantém restrições de direitos a brasileiros naturalizados, por exemplo, além das já citadas, relativamente à vedação de participação no Conselho da República (art. 89, inciso VI); de ser proprietário de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens após (art. 222); à impossibilidade de extradição por crime comum se o fato motivador da extradição tiver ocorrido antes da naturalização ou se comprovado envolvimento em tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, LI), e, inclusive, à perda da nacionalidade brasileira por sentença judicial, situação não aplicável ao brasileiro nato, cujas formas de perda de nacionalidade são unicamente as previstas no art. 12, §4º da Constituição⁶⁶.

O art. 75 da Lei de Migração complementa o dispositivo constitucional salientando que “o naturalizado perderá a nacionalidade em razão de condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional, nos termos do inciso I do § 4º do art. 12 da Constituição Federal”⁶⁷, mas o parágrafo único do mesmo artigo dispõe que “o risco de geração de situação de apatridia será levado em consideração antes da efetivação da perda da nacionalidade”⁶⁸. Ou seja, não haverá perda de nacionalidade se para ocasionar uma situação de apatridia.

⁶⁶ Art. 12, § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II – adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária.

II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

Em resumo, a perda da nacionalidade só alcançará ao brasileiro nato se por opção ele adquirir outra nacionalidade. Mesmo que uma nova nacionalidade lhe seja atribuída ou imposta por um país estrangeiro, como reconhecimento legal (por exemplo, por decorrência de casamento com nacional estrangeiro) ou condição para permanência e exercício de direitos civis no exterior (por exemplo, para exercício de trabalho), a Constituição lhe garante a manutenção da nacionalidade originária brasileira. Nestes casos, a pessoa será beneficiada com a condição de polipátrida.

Por outro lado, a naturalização, isto é, a nacionalidade adquirida pelo meio derivado, pode ser cancelada, por sentença judicial, pela motivação exposta no § 4º, I, do art. 12: em virtude de atividade nociva ao interesse nacional. Importante esclarecer que o cancelamento ou a perda da nacionalidade é individual, não se transferindo a cônjuges, filhos etc. Se ela se dá por aquisição voluntária de outra nacionalidade, a reaquisição dependerá de decreto da Presidência da República, devendo o solicitante residir novamente no país. No caso de cancelamento de naturalização por sentença judicial transitada em julgado, em virtude de prática de ato nocivo, a nacionalidade somente poderá ser readquirida por decisão transitada em julgado de ação rescisória contra a sentença que determinou a perda da nacionalidade.

Destarte, observa-se que a provocação da perda da nacionalidade depende, no primeiro caso, do próprio brasileiro, ao optar por outra nacionalidade. Um eventual ato do Presidente da República que determina a perda da nacionalidade brasileira por aquisição de outra nacionalidade possui caráter meramente declaratório, não constitutivo⁶⁹. Já no segundo caso, a motivação se dá por punição. Uma suposta ação judicial de cancelamento da naturalização pode ser ajuizada pelo Ministério Público, pelo Ministério da Justiça (por representação) e mesmo por qualquer

⁶⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 10. ed. Comemorativa, revista, atualizada e ampliada, 2016. p. 772.

cidadão, (por solicitação)⁷⁰. Segundo o art. 76 da Lei de Migração, “o brasileiro que, em razão do previsto no inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal, houver perdido a nacionalidade, uma vez cessada a causa, poderá readquiri-la ou ter o ato que declarou a perda revogado, na forma definida pelo órgão competente do Poder Executivo”⁷¹.

A requisição da nacionalidade gerará efeitos *ex munc*. Apesar de haver na doutrina quem sustente que o status da nacionalidade readquirida devesse conservar a natureza da nacionalidade inicialmente existente, o novo status readquirido será de brasileiro naturalizado por se tratar de nova aquisição de nacionalidade⁷². Ainda que o processo de requisição seja menos burocratizado pelo fato de se tratar de uma pessoa nascida originariamente no Brasil, que seguramente possui importantes vínculos que lhe associam ao país, as consequências e benefícios da nacionalização serão distintos dos atinentes à condição de brasileiro nato⁷³.

1.6 Cenário migratório do Brasil

Segundo o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais – OBMigra 2019, o país acolheu, entre 2011 e 2018, 774,2 mil migrantes⁷⁴, havendo uma preponderância de entrada de haitianos ao longo do período⁷⁵, com acréscimo substancial de pedidos de entrada de

⁷⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 10. ed. Comemorativa, revista, atualizada e ampliada, 2016. p. 773.

⁷¹ BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 10. ed. Comemorativa, revista, atualizada e ampliada, 2016. p. 778.

⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 10. ed. Comemorativa, revista, atualizada e ampliada, 2016. p. 777.

⁷⁴ CAVALCANTI, Leonardo *et al.* **Resumo Executivo: Migração de refúgio no Brasil**. Brasília: Obmig, 2019. p. 3. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collectiv-e-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷⁵ Seguidos de bolivianos, venezuelanos, colombianos, argentinos, chineses, portugueses e peruanos. Cf. CAVALCANTI, Leonardo *et al.* **Resumo Executivo:**

venezuelanos em 2018. Contudo, apesar de haver acolhido quase 800 mil pessoas no decênio, estudos demonstram que, entre 2011 e 2018, o país só concedeu 367.847 autorizações de trabalho (em 2011, 68.693 autorizações; em 2012, 66.821; em 2013, 61.842; em 2014, 46.740; em 2015, 36.327; em 2016, 36.868; em 2017, 25.937; em 2018, 30.619)⁷⁶, o que supõe presumir que o Brasil ainda possui muito a realizar para lograr um cenário ideal de acolhimento migratório⁷⁷.

Tão preocupante quanto o abismo encontrado na relação migração versus inclusão no mercado de trabalho é o fato de o Brasil vir tendencialmente diminuindo o número de concessões de autorização laboral, mesmo havendo aprovado uma legislação mais acolhedora, a Lei n. 13.445/17.

A situação expõe uma falha efetiva do país em traduzir para a realidade aquilo que dispõe a lei. Estudos demonstram que o município

Migração de refúgio no Brasil. Brasília: Obmig, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷⁶ DIEME, Kassoumet al, Autorizações concedidas a imigrantes pela coordenação geral de imigração laboral. In CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Leonardo de; MACEDO, Marília (org.) **Relatório anual 2019: Imigração e Refúgio no Brasil** (A inserção de imigrantes, solicitantes de refúgio e refugiados no mercado de trabalho). Brasília: Obmig, 2019, p. 24. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/relatorio-anual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷⁷ As ocupações mais procuradas no país são, na sequência numérica, profissionais das ciências e das artes, técnicos de nível médio, trabalhadores dos serviços, vendedores do comércio em lojas e mercados, trabalhadores da produção de bens e serviços industriais, dentre outras, valendo destacar que profissionais das ciências e das artes e técnicos de nível médio representam quase 70% do total migratório do país. DIEME, Kassoumet al, Autorizações concedidas a imigrantes pela coordenação geral de imigração laboral. In: CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Leonardo de; MACEDO, Marília (org.) **Relatório anual 2019: Imigração e Refúgio no Brasil** (A inserção de imigrantes, solicitantes de refúgio e refugiados no mercado de trabalho). Brasília: Obmig, 2019, p. 24. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/relatorioanual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

de São Paulo é um dos únicos, senão o único⁷⁸, a possuir lei disposta sobre uma política municipal especificamente voltada à inclusão social de migrantes à rotina social, a Lei Municipal n. 16.478, de 8 de julho de 2016⁷⁹. Porém, noutras unidades federativas (estados federados e municípios), o que há são normas pontuais e programas de governo acerca de facilitação de ensino da língua portuguesa, de acesso à serviços de saúde, assistência social, alocação no mercado de trabalho, dentre outras iniciativas, mas não normalizações amplas de articulação entre poder público e sociedade civil, a fim de acolher, de fato, o migrante como um sujeito de possibilidades semelhantes aos cidadãos nacionais, consoante idealiza a Lei de Migração⁸⁰. Nem mesmo unidades federativas do norte do país que vêm sendo mais intensivamente acionadas nos últimos anos em razão da elevação do fluxo de haitianos e venezuelanos (Amazonas e Roraima) estão adequadamente preparadas para atender tal pressuposto.

Por isso, não por acaso, uma preocupação cada vez mais temerária atinente ao tema tem sido o questionamento de que: se o Brasil jamais esteve adequadamente preparado para atender à migração⁸¹, o que dirá agora com um governo que claramente se indispõe com o tema migratório? Num cenário assim, em que se observa amplamente

⁷⁸ Não é impossível que haja exceções que o presente estudo tenha deixado escapar, afinal, o Brasil possui 26 estados federados, 5.570 municípios, além do Distrito Federal.

⁷⁹ SÃO PAULO. **Lei n. 16.478 de 8 de julho de 2016**. Institui a Política Municipal para a População Imigrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Municipal de Imigrantes. São Paulo, SP: Legislação municipal, [2020]. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16478-de-08-de-julho-de-2016/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁰ FRANÇA, Rômulo Ataíde; RAMOS, Wilsa Maria; MONTAGNER, Maria Inez. Mapeamento de políticas públicas para os refugiados no Brasil. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro. p. 89-106. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1808-42812019000100006. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸¹ Salvo quando foi de seu interesse preencher ocupações laborais nos períodos imediatamente anterior e posterior a abolição da escravidão, à revelia da mão de obra brasileira afrodescendente, vide comentário anterior.

presumível a ausência de uma perspectiva sistêmica de amparo à migração, o que seria de espantar era se os números de autorizações de trabalho coincidissem com o volume migratório no Brasil.

Em comentário de 2015, ainda atual, Liliana Jubilut asseverou que "não existe um único obstáculo ou dificuldade, mas um conjunto de dificuldades em diferentes níveis que acabam criando obstáculos ao acesso a serviços públicos, proteção e realização dos direitos humanos dos imigrantes no Brasil"⁸², que se iniciam com a imprecisão sobre os números migratórios e seguem com a ausência de políticas, ações e medidas conjunturais. Ressalte-se que a própria Lei de Migração é falha, por exemplo, ao não possuir recorte de gênero em sua perspectiva analítica, o que acaba por impor às migrantes mulheres ainda mais dificuldades de inserção social que as dificuldades impostas aos migrantes homens⁸³.

Esse drama se repete também na ausência de garantia efetiva ao acesso ao trabalho decente⁸⁴. Neste tocante, é sempre bom registrar que migrações no Brasil têm sido motivo para alimentar o trabalho escravo internacional. Pesquisas específicas apresentam que na série histórica observada (última década) cerca de 90% das autorizações de trabalho foram

⁸² LILIANA JUBILUT fala sobre a pesquisa Migração no Brasil. **Pensando o Direito**, 10 de novembro de 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/2015/11/10/entre-vista-liliana-jubilut/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁸³ SANTOS, Mylena Francielli; COSTA, Marli Marlene Moraes da. Políticas públicas para inserção da mulher migrante no mercado de trabalho decente: uma análise da realidade brasileira. Universidade de Santa Cruz do Sul, X Salão de Ensino e Extensão, **XXV Seminário de Iniciação Científica**, UNISC. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/semic/article/view/19776>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁴ SOUSA, Jackeline Ribeiro e. Migrações, Trabalho decente e política nacional de Trabalho no Brasil: a inclusão do migrante no mercado. Universidade de Fortaleza. *In: VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia*, Anais GT7, Direitos fundamentais dos migrantes, UNIFOR. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT7+Jackeline+Ribeiro.pdf/d83c1d1f-f5c6-a1da-0cba-5707a42994ad>. Acesso em: 10 abr. 2020.

concedidas a requisitantes com níveis de escolaridade médio e superior⁸⁵. Migrantes com níveis de escolaridade fundamental e fundamental incompleto são esmagadora minoria neste contingente, o que é um forte indicador de que seja exatamente este grupo mais vulnerável de pessoas, com mais dificuldades para o aprendizado da língua, que sofrem com o desconhecimento geral sobre direitos, que padecem pela ausência de documentação e acesso a serviços, que detêm menores condições de deslocar-se em caso de exploração, que cai na invisibilidade social, preenchendo ocupações laborais precárias, de diminuto controle estatal, locupletando a lacuna existente entre o número total de migrantes no país e a enorme parcela não correspondida por autorizações de trabalho.

No decênio passado, o fantasma do trabalho escravo atingiu, sobretudo, bolivianos (em escala menor, haitianos e chineses), mas nada impede que venha a aproveitar-se de venezuelanos em situação de vulnerabilidade, os quais, especialmente a partir de 2018, vêm aumentando seu volume migratório para o Brasil, e que, não raramente, são inadmissivelmente recebidos pela sociedade civil brasileira com agressões de natureza xenofóbica, sob observação quase que leniente do poder público.

E o pior é que o enfrentamento à exploração da migração inserida em condições análogas à de trabalho escravo ou a eliminação da xenofobia não parecem ser prioridades nas instâncias de governo do país. Na contramão das ações integrativas do migrante à vida nacional, o Ministério da Justiça do Brasil, que assumiu a pasta em janeiro de 2019, optou por reacender o viés de autoritarismo que já se imaginava sepultado após a promulgação da Lei nº 13.445/17. Em 26 de julho do mesmo ano, editou a

⁸⁵ DIEME, Kassoum *et al.* Autorizações concedidas a imigrantes pela coordenação geral de imigração laboral. In: CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Leonardo de; MACEDO, Marília (org.) **Relatório anual 2019: Imigração e Refúgio no Brasil** (A inserção de imigrantes, solicitantes de refúgio e refugiados no mercado de trabalho). Brasília: Obmig, 2019. p. 23. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/imagens/relatorio-anual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Portaria ministerial nº 666⁸⁶, dispendo sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal de 1988. A medida, considerada atentatória aos pressupostos concessivos da Lei de Migração, foi editada no auge das revelações divulgadas pelo site The Intercept Brasil que denunciavam, na série de matérias “Vaza Jato”, a existência de um conluio arbitrário entre o atual Ministro da Justiça, ex-juiz federal titular da operação Lava-Jato, Sérgio Moro, e procuradores do Ministério Público Federal, especialmente no âmbito da ação penal que resultou na prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Segundo especularam, à época, importantes entidades jurídicas brasileiras⁸⁷, a Portaria nº 666 tinha como possível objetivo a

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria n. 666, de 26 de julho de 2019**. Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, [2020]. Disponível em: Imprensa Nacional, <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-666-de-25-de-julho-de-2019-207244569>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁷ Segundo a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia: Os questionamentos de cunho jurídico sobre a Portaria 666/2019 podem ser de variadas ordens. Contudo, o que nos causa espanto é o senso de oportunidade do senhor Ministro da Justiça, de editar um documento com esse conteúdo, no exato momento político em que o debate que ocorre no Brasil relaciona-se com sua total animosidade em relação a um jornalista em específico, que mora e trabalha no Brasil. Demonstra com isso o senhor Ministro Sérgio Moro, sem sombra de qualquer dúvida, o uso do cargo público para prática de atos com desvio de finalidade, aumentando o clima de perseguição à atividade jornalística, de liberdade de expressão e de imprensa.

A Constituição brasileira garante aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos mesmos direitos fundamentais dispostos no caput de seu art. 5º: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. As limitações a esses direitos não podem nos remeter de volta a tempos sombrios de nossa história.

É desse modo que a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD aponta a Portaria nº 666/2019, do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, como ato administrativo eivado de caráter desviante de finalidade e impessoalidade, utilizado para promover intimidação. EM NOTA, ABJD diz que a Portaria 666 de Moro tem desvio de finalidade e promove... ABJD, 26 de julho de 2019. Notas. Disponível em: <http://www.abjd.org.br/2019/07/abjd-diz-que-portaria-666-de-moro-tem.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

deportação sumária do jornalista e advogado constitucionalista Glenn Greenwald, editor-fundador de citado site, o qual, embora cidadão norte-americano, é domiciliado há anos no Brasil, inclusive sendo casado com brasileiro e pai de crianças brasileiras⁸⁸.

A notícia foi negada pelo governo brasileiro apesar dos fatos demonstrarem existir franca indisposição do estafe político do Executivo nacional, bem como de admiradores nos mais diversos órgãos de justiça, com o jornalista implicado, bastando dizer que, no dia 21 de janeiro de 2019, o Ministério Público Federal apresentou denúncia criminal contra Glenn Greenwald por suposta prática de associação criminosa, interceptação telefônica, informática ou telemática, com os protagonistas das ações que obtiveram as informações posteriormente divulgadas, apesar da Polícia Federal, em investigação sobre os fatos, não ter encontrado evidências da participação do jornalista no suposto crime especulado, tanto que sequer fora incluído no inquérito policial. Importante ressaltar que, em 7 de agosto de 2019, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, já havia deferido liminar no curso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 601⁸⁹, permitindo ao ora denunciado exercesse seu

⁸⁸ O jornalista é reconhecido mundialmente por haver tornado público, em 2013, através de série de matérias no jornal britânico The Guardian, as denúncias de Edward Snowden, ex-funcionário da CIA e ex-administrador de sistemas da Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (NSA), sobre a existência de programas secretos de vigilância global norte-americano (espionagem dissimulada) por meios digitais. Greenwald é vencedor de inúmeros prêmios internacionais. As reportagens sobre a NSA elaboradas para o jornal The Guardian receberam o Prêmio Pulitzer de 2014 na categoria Serviço Público. Com a documentarista Laura Poitras, recebeu um Oscar de melhor documentário, em 2015, por Citizenfour. **THE INTERCEPT Brasil**. Sobre e contatos, Sobre nós, Editores fundadores, Glenn Greenwald. Disponível em: <https://theintercept.com/staff/glenn-greenwald-brasil/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=419222>. Acesso em: 26 abr. 2020.

direito constitucional de liberdade de imprensa sem riscos de quaisquer investigações ou retaliações criminais⁹⁰.

Independentemente, porém, das razões que tenham movido a edição da Portaria n. 666/2019 do Ministério da Justiça, o que importa de fato ao presente estudo, é que a medida exsurge como mais um obstáculo imposto à garantia de liberdade de circulação do migrante no Brasil, confrontando dispositivos assecuratórios, não apenas da Lei de Migração, como também da Constituição da República, consoante destacado. Espera-se que, doravante, uma vez enfrentada judicialmente, a medida venha a cair⁹¹.

De toda sorte, o Brasil vem pondo em curso, seja pela constatação da diminuição nas autorizações de trabalho, seja pela edição de normas como a Portaria 666/2019 do Ministério da Justiça, os encaminhamentos temidos quando do anúncio da retirada do país do Pacto Global de Migração em janeiro de 2019. Isto é, os reverses da política migratória brasileira não são mais meras expectativas, são perceptíveis e precisam ser contornados, sob pena da matéria retroceder em termos de dignificação de vida às pessoas em situação de migração no país.

Como é amplamente conhecido, o presidente Donald Trump, dos Estados Unidos, tem sido fiel defensor da não adesão de seu país a pactos migratórios internacionais. Por outro lado, vem encampando, internamente, desde que assumiu a presidência estadunidense, ampla perseguição contra não nacionais que procuram sua pátria como destino. No dia 25 de janeiro de 2019, pousou no Brasil um segundo

⁹⁰ A denúncia apresentada pelo Ministério Público contra o jornalista Glenn Greenwald motivou à Associação Brasileira de Juristas pela Democracia a representar contra o procurador responsável junto à Procuradoria-Geral da República, com o escopo de enquadrá-lo no art. 30 da lei nacional de abuso de autoridade (Lei n.13.869, de 5 de setembro de 2019), que prevê punição de 1 a 4 anos de detenção ao crime de “dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente”.

⁹¹ Requer-se atenção ao desdobramento dos fatos.

avião fretado pelo governo norte-americano com brasileiros deportados. Questionado sobre o drama da deportação em massa de concidadãos, o presidente brasileiro endossou prontamente a medida extrema do presidente dos EUA, fato amplamente reportado pelos mais diversos veículos de imprensa do país⁹². As palavras secas e insensíveis foram acompanhadas de duras críticas à Lei de Migração nacional, com apelação, inclusive, para o discurso xenofóbico, o que também não escapou à divulgação da imprensa⁹³.

Eis o cenário brasileiro, um país que há pouco buscava colaborar com a matéria migratória proativamente de modo receptivo e que agora ameaça, com palavras e ações, por a perder tudo o que construiu e ensinou anteriormente em termos de avanço.

Considerações finais

O Brasil atravessa um dilema: apontar para o futuro ou regressar para o passado. Tardaram anos até que o país revisse sua legislação inibitória da migração, egressa dos anos tormentosos da era militar, e confluísse com os anseios internacionais democráticos num provir mais receptivo à circulação de pessoas. A Lei de Migração, embora vetada em importantes dispositivos, constituiu um marco civilizatório, a ponto de ser recomendada como parâmetro para outras nações por órgãos internacionais, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Haver colaborado ativamente com a elaboração da Declaração de Nova Iorque sobre Refugiados e Migrantes de 2016⁹⁴ e o Pacto

⁹² Vide, por exemplo, BOLSONARO diz entender deportação de brasileiros pelos EUA: 'É a lei'. **O Globo**, 25 de janeiro de 2020, disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/bolsonaro-diz-entender-deportacao-de-brasileiros-pelos-eua-a-lei-1-24211436?versao=amp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹³ Videm, por exemplo, BOLSONARO diz entender deportação de brasileiros pelos EUA: 'É a lei', *op. cit.*

⁹⁴ ONU. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**, adoptada en 19 de septiembre de 2016, A/71/L.1, United Nations Treaty Series.

Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular de 2018⁹⁵, com assunção, ao final, de suas respectivas obrigações, foram indicativos de que o Brasil caminhava no sentido de preservar um ideário de multilateralismo na sinalização de suas relações internacionais e de antixenofobismo no lidar com aquelas e aqueles que, embora não sendo nacionais, não deixam de ser pessoas, merecendo, portanto, tratamento condigno e, não, discriminação.

A retirada do estado brasileiro do Pacto Global de Migração⁹⁶, a edição da Portaria n. 666 de 2019, do Ministério da Justiça, a diminuição paulatina no número de autorizações de trabalho para migrantes no país, a ausência de políticas públicas efetivas para a questão migratória, a constatação de existência de trabalho migratório análogo ao de escravo, a insegurança que hoje acerca-se, sobretudo, da comunidade de venezuelanos alvo de xenofobia, e as palavras do presidente da República sobre a Lei de Migração, devem ser motivos de alerta para que a sociedade internacional monitore uma plausível inclinação do Brasil em desfazer-se de seus compromissos com a afirmação dos direitos humanos.

Números que deveriam ser animadores e reflexões que deveriam apontar para uma espiral ascendente registram que a pátria brasileira, outrora forjada pelas mãos incansáveis da atividade migratória, volta-se contra sua própria história. Eis um grave equívoco que pode ser remediado, desde que não se negligencie a lição de Ingmar Bergman em “O Ovo da Serpente”.

Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=S. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹⁵ ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura**, Ordenada y Regular, A/CONF.321/3, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹⁶ ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura**, Ordenada y Regular, A/CONF.321/3, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

Referências

EM NOTA, ABJD diz que Portaria 666 de Moro tem desvio de finalidade e promove...**ABJD**, 26 de julho de 2019. Notas. Disponível em: <http://www.abjd.org.br/2019/07/abjd-diz-que-portaria-666-de-moro-tem.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ABJD pede que PGR enquadre procurador que denunciou Glenn na Lei de Abuso de Autoridade. **ABJD**, 22 de janeiro de 2020, disponível em: <http://www.abjd.org.br/2020/01/abjd-pede-que-pgr-enquadre-procurador.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BOLIVIANOS resgatados na Grande São Paulo costurando por R\$ 1 a peça reforçam a mensagem que ainda há muito o que se fazer. **Carta Capital**, 30 jan. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/fashion-revolution/ainda-ha-escravos-por-tras-das-roupas/>. Acesso em: 10 abr. 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: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 3.927, de 19 de setembro de 2001**. Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL deixa pacto de migração da ONU. **Deutsche Welle**, 9 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-pacto-de-migra%C3%A7%C3%A3o-da-onu/a-47005898>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 7 de junho de 1994**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ecr3.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração (Estatuto do Estrangeiro). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Lei de Abuso de Autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria n. 666, de 26 de julho de 2019.** Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, [2020]. Disponível em: Imprensa Nacional, <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-666-de-25-de-julho-de-2019-207244569>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Concordia, Busca extradição.** Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?s=extradi%C3%A7%C3%A3o&tipoPesquisa=1>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Petição Avulsa na Extradição 1.085 da República Italiana.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=419222>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL deixa pacto de migração da ONU. **Deutsche Welle**, 9 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-deixa-pacto-de-migra%C3%A7%C3%A3o-da-onu/a-47005898>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CAMMAROTA, Luciana. **Imigrantes nas cidades no Brasil do século XX**. São Paulo: Atual, 2007.

CAVALCANTI, Leonardo *et al.* **Resumo Executivo**: Migração de refúgio no Brasil. Brasília: Obmig, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Leonardo de, Macedo, Marília (org.). **Relatório anual 2019**: Imigração e Refúgio no Brasil (A inserção de imigrantes, solicitantes de refúgio e refugiados no mercado de trabalho). Brasília: Obmig, 2019. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/relatorioanual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969**, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DIEME, Kassoum *et al.* Autorizações concedidas a imigrantes pela coordenação geral de imigração laboral. *In*: CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Leonardo de; MACEDO, Marília (org.) **Relatório anual 2019**: Imigração e Refúgio no Brasil (A inserção de imigrantes, solicitantes de refúgio e refugiados no mercado de trabalho). Brasília: Obmig, 2019. p. 20 - 43. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/relatorioanual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

FRANÇA, Rômulo Ataíde; RAMOS, Wilsa Maria; MONTAGNER, Maria Inez. Mapeamento de políticas públicas para os refugiados no Brasil.

Estudos e Pesquisas em Psicologia, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, p. 89 - 106. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1808-42812019000100006. Acesso em: 10 abr. 2020.

LA MIGRACIÓN en la Agenda 2030: Guía para profesionales. **ONU Migración**, Ginebra, OIM, 2018. Disponível em: http://www.migration4development.org/sites/default/files/es_sdg_web.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

LILIANA JUBILUT fala sobre a pesquisa Migração no Brasil. **Pensando o Direito**, 10 de novembro de 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/2015/11/10/entrevista-liliana-jubilut/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional**. 10. ed. Comemorativa, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NACIONES UNIDAS. UNHCR/ACNUR. **Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes**, Encarte. Disponível em: <http://www.globalcrrf.org/wpcontent/uploads/2018/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Nova-Iorque-para-Refugiados-e-Migrantes.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ONU. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**, adoptada en 19 de septiembre de 2016, A/71/L.1, United

Nations Treaty Series. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/L.1&Lang=S. Acesso em: 10 abr. 2020.

ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Agenda 2030. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ONU. **Pacto mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, A/CONF.321/3**, United Nations Treaty Series. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CIDH celebra aprovação da nova Lei de Migração do Brasil. Comunicado de imprensa de 16 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/078.asp>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ROSSI, Camila Lins. **Nas costuras do trabalho escravo (Um olhar sobre os imigrantes bolivianos ilegais que trabalham nas confecções de São Paulo)**. Trabalho de Conclusão de Curso, Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo, USP, 2005. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2006/05/estudo-lanca-olhar-sobre-trabalho-escravo-de-bolivianos/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SÃO PAULO. **Lei n. 16.478, de 8 de julho de 2016**. Institui a Política Municipal para a População Imigrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Municipal de Imigrantes. São Paulo, SP: Legislação municipal, [2020]. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16478-de-08-de-julho-de-2016/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SANTOS, Mylena Francielli; COSTA, Marli Marlene Moraes da. Políticas públicas para inserção da mulher migrante no mercado de

trabalho decente: uma análise da realidade brasileira. **XXV Seminário de Iniciação Científica, UNISC**. Universidade de Santa Cruz do Sul, X Salão de Ensino e Extensão. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/semic/article/view/19776>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SOUSA, Jackeline Ribeiro e. Migrações, Trabalho decente e política nacional de Trabalho no Brasil: a inclusão do migrante no mercado. **VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia**, Anais GT7, Direitos fundamentais dos migrantes. Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT7+Jackeline+Ribeiro.pdf/d83c1d1f-f5c6-a1da-0cba-5707a42994ad>. Acesso em: 10 abr. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. Sobre e contatos, Sobre nós, Editores fundadores, Glenn Greenwald. Disponível em: <https://theintercept.com/staff/glenn-greenwald-brasil/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Curso Crítico de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. O não nacional no Brasil e a Lei de Migração n. 13.445/2017. **VI Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia**, Anais GT7, Direitos fundamentais dos migrantes, Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT7+Marcelo+Ribeiro+Uchoa.pdf/6d4a88b2-5a33-bd0b-4378-24f2d7ad403b>. Acesso em: 10 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. **O que é o Pacto Global para Migrações Seguras, Ordeiras e regulares?** Ficha informativa. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/MEMO_18_6417. Acesso em: 10 abr. 2020.

Direito ao saneamento básico: déficit e descaso históricos 30 anos depois da CF/88

Right to basic sanitation: historical deficit and neglect 30 years after Federal Constitution 88

Fernanda Bianco de Lucena Costa*

Resumo: A concretização de direitos humanos e de normas constitucionais socioambientais impõe aos Poderes Públicos uma miríade de deveres satisfativos do interesse público, usualmente materializados por meio de políticas públicas. Os serviços públicos de saneamento básico despontam enquanto as mais imprescindíveis delas, na medida em que sua precariedade resulta em prejuízos à qualidade do meio ambiente, da vida da população e à economia do país. Em que pese o profícuo desenvolvimento do quadro normativo regulamentador, a atual realidade de tais políticas públicas, entretanto, evidencia a ocorrência de inadequados planejamento e execução dos serviços, retrocessos, iniquidades, violações a direitos humanos fundamentais e racismo ambiental, resultantes do déficit e descaso históricos em relação à infraestrutura em comento, considerados, para fins do presente artigo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Saneamento básico. Direitos humanos. Direito ambiental. Políticas públicas.

Abstract: The realization of human rights and socio-environmental constitutional norms imposes on Public Authorities a myriad of duties with aims to satisfying the public interest, usually materialized through public policies. Basic sanitation services dawn as the most essential of them, insofar

* Advogada especializada em Meio Ambiente, Ordem Urbanística e Patrimônio Cultural. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Pós-Graduada pela UCAM. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ. E-mail: bianco.fernanda@gmail.com.

as their precariousness results in losses to the quality of the environment, of the population's life and the country's economy. Despite the fruitful development of the regulatory framework, the current reality of such public policies, however, highlights the occurrence of inadequate planning and execution of those services, retrocess, inequities, violations of fundamental human rights and environmental racism, resulting from the historical deficit and neglect in relation to the infrastructure in comment, considered, for the purposes of this article, since the promulgation of the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Basic sanitation. Human rights. Environmental law. Public policy.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, marco da redemocratização, trouxe em seu seio a máxima ênfase na consecução da dignidade da pessoa humana, a ser materializada por meio de direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e sociais. Apelidada de Constituição Ecológica², ou Constituição Verde, foi também reconhecida internacionalmente como paradigmática já à época de sua promulgação, por seus altos níveis protetivos do meio ambiente, considerado em sua concepção mais ampla³.

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 Levando em conta o fato de que a CF/88 traz um capítulo específico sobre meio ambiente dentro do Título da Ordem Social (art. 225), ao qual se somam diversas outras disposições constitucionais, tácitas ou explícitas – vide artigos 5º, LXXIII, 23, III, IV, V, VI, IX, 24, VI, VII, VIII, 170, VI, 182, 186, II, 200, VIII e 216, entre outros –, alguns doutrinadores como Édis Milaré defendem tratar-se do texto constitucional ambiental mais avançado do planeta. Tome-se como exemplo: MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. p. 169.

³ “Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a **Nação mudou**. A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, **mudou quando quer mudar o homem em cidadão**, e só é cidadão quem **ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e**

Há 30 anos consagrava-se juridicamente a pretensão de transformação social pela via do Direito, com vistas especiais à superação da miséria e das abissais disparidades que reconhecidamente assolavam o país. Neste contexto de busca por equidade como norte republicano, inequivocamente tem-se a universalização dos serviços de saneamento básico (abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais) dentre os mais imprescindíveis dos interesses públicos.

Isto, porque as consequências adversas do saneamento básico precário são fatos incontrovertidos, observados em múltiplas searas da vida em sociedade, tais como no âmbito: da saúde (doenças, sobrecarga do sistema de saúde pública, mortalidade infantil, queda na longevidade da população); da educação (decréscimo do aproveitamento escolar e no nível de escolaridade); do desenvolvimento econômico e social (diminuição da produtividade e da renda, desvalorização imobiliária e de atividades econômicas dependentes das condições ambientais, como p. ex. o turismo); além do meio ambiente (contaminação do solo e dos

remédio, lazer quando descansa". [...] "Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. Será redentor o caminho que penetrar nos **bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria**". [...] "É consagrador o testemunho da ONU de que **nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente** do que a que vamos promulgar". [...] "Pela Constituição, os **cidadãos** são poderosos e vigilantes **agentes da fiscalização**, através do **mandado de segurança coletivo**; do **direito de receber informações** dos órgãos públicos, da **prerrogativa de petição** aos poderes públicos, **em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder**; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da **ação popular**, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular **ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais...**" (grifo nosso). BRASIL. Câmara dos Deputados. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.** Ulysses Guimarães, Presidente da Ass. Nac. Constituinte. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Escrevendo a História - Série Brasileira. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

corpos hídricos, desequilíbrio ecossistêmico com impactos nocivos sobre a biodiversidade e os recursos naturais); entre tantos outros.

No transcorrer de pouco mais de duas décadas desde a Constituição Federal de 1988, o Brasil se tornou a sétima maior economia do mundo e experimentou melhoras nos indicadores sociais e redução da pobreza, contudo, em 2014, o Brasil ainda ocupava a longínqua 112ª posição no ranking mundial do saneamento básico⁴, circunstância esta que não experimentou melhoras expressivas no período subsequente e até os dias atuais. Por exemplo, segundo os mais recentes dados publicados pelo SNIS - Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento⁵, dos 207 (duzentos e sete) milhões de cidadãos brasileiros, 35 (trinta e cinco) milhões não têm acesso à água potável, 102 (cento e dois) milhões não são assistidos por rede de coleta de esgoto, enquanto um universo alarmante de 4 (quatro) milhões de pessoas não dispõe sequer de banheiro.

De todo o esgoto efetivamente coletado, 75% (setenta e cinco por cento) são tratados, ao passo em que, do total gerado, o índice médio de tratamento do país atinge apenas 46,3% (quarenta e seis, três por cento). Percentuais tão baixos de tratamento, para um país de proporções continentais como o Brasil, significam que mais de 5 (cinco) milhões m³/dia de esgoto *in natura* são lançados na natureza e que somente as 100 (cem) maiores cidades brasileiras despejam diariamente um volume de 2.300 (dois mil e trezentas) piscinas olímpicas nos solos, mares e rios do país – os mesmos que alimentam as bacias de onde se coleta água doce para o

⁴ Dados publicados pelo Instituto Trata Brasil em parceria com o CEBDS – Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, por meio da publicação ‘Benefícios Econômicos da Expansão do Saneamento Brasileiro’, relatório lançado em 2014, durante o Fórum Água: Gestão Estratégica no Setor Empresarial. Disponível em: <https://biblioteca.cebds.org/beneficios-economicos-da-expansao-do-saneamento-brasileiro>. Acesso em: 26 jan. 2020.

⁵ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: 24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018**. Brasília: SNS/MDR, 2019. p. 13.

abastecimento humano e industrial – conforme publicado pelo Instituto Trata Brasil que, desde 2011, produz o Ranking do Saneamento⁶.

Consta do supracitado estudo que os maiores impactos em termos relativos ocorrem nas regiões Norte e Nordeste, as mais deficitárias em saneamento básico, ao passo em que municípios dos Estados de São Paulo, Paraná e Minas Gerais apresentam os melhores indicadores, apesar de todas as regiões persistirem distantes da universalização. Ainda assim, as externalidades negativas ambientais do déficit do saneamento básico não se submetem às fronteiras políticas, sendo sentidas nacionalmente: são mais de 110 (cento e dez) mil km de cursos d'água poluídos no país⁷ e os prejuízos apenas com a produtividade do trabalho e a desvalorização ambiental ultrapassaram R\$ 60,421 bilhões/ano⁸.

Por outro lado, estimativas atuais da Organização Mundial da Saúde⁹ sobre os custos econômicos evitados e os retornos obtidos por variados níveis de investimento, apontam que a cada US\$ 1 (um dólar) investido em abastecimento de água potável e saneamento básico melhorado, obtêm-se ganhos entre US\$ 4 (quatro dólares) a US\$ 12

⁶ O Instituto baseia suas análises em dados públicos advindos do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS), do Ministério das Cidades, do IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2004 a 2015, Pesquisa Nacional de Saúde, Pesquisa Anual da Indústria da Construção, Pesquisa Anual dos Serviços e Contas Nacionais Consolidadas), do DATASUS, da UNICEF, da Organização Mundial de Saúde e do Banco Mundial. Vide: INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanços em saneamento básico continuam insuficientes nas 100 maiores cidades do país**. Press Release disponível em <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/pdfs/release-ranking-2011.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2020.

⁷ Agência Nacional de Águas. **Atlas esgotos: depoluição de bacias hidrográficas**. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília: ANA, 2017.

⁸ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento no Brasil**. Mar. 2017. p. 32. Disponível em: <https://biblioteca.cebds.org/beneficios-economicos-da-expansao-do-saneamento-brasileiro>. Acesso em: 26 jan. 2020.

⁹ Dados do Programa Mundial de Avaliação da Água (World WaterAssessmentProgramme – WWAP UNESCO). Disponíveis em: <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/water/wwap/facts-and-figures/water-supply-sanitation-and-health/>. Acesso em: 26 jan. 2020.

(doze dólares), dependendo do tipo de intervenção. Já o Instituto Trata Brasil apontou que o balanço final do legado, considerando-se os investimentos necessários e os benefícios do processo de universalização do saneamento básico no Brasil, até 2035, resultará em saldo positivo aproximado de R\$ 1 trilhão¹⁰, i. e., trará ganhos expressivos à sociedade brasileira, muito superiores aos custos de implementação.

Apesar disto, a análise histórica do supracitado Ranking do Saneamento identifica uma concentração de recursos nos 100 (cem) maiores municípios brasileiros, enquanto os demais 5.470 (cinco mil, quatrocentos e setenta) municípios, juntos, são responsáveis por menos de 50% (cinquenta por cento) do valor total nacionalmente investido. Proporcionalmente, as cidades com melhor saneamento básico investiram quatro vezes mais, nos últimos 5 anos, do que as de piores infraestruturas. Ainda assim, neste mesmo período, houve retração generalizada dos investimentos, tendência que, se não for revertida, impedirá o atingimento, pelo Brasil, das metas nacionais e internacionais de universalização do saneamento básico.

Segundo o Governo Federal¹¹, objetivando a universalização até 2033, estimou-se, desde 2014, a necessidade de investimentos de um total de R\$ 508 (quinhentos e oito) bilhões, o que equivaleria a mais de R\$ 20 (vinte) bilhões por ano, recursos estes que recairiam na proporção de 59% (cinquenta e nove por cento) sobre fontes federais e 41% (quarenta e um por cento) sobre estaduais e municipais, incluindo-se os prestadores de serviços públicos e privados e os organismos internacionais, ou seja, seria necessária previsão de pelo menos R\$ 11,9 (onze, nove) bilhões anualmente em todas as Leis Orçamentárias Anuais.

¹⁰ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento no Brasil**. Mar. 2017. p. 52. Disponível em: <https://biblioteca.cebds.org/beneficios-economicos-da-expansao-do-saneamento-brasileiro>. Acesso em: 26 jan. 2020.

¹¹ **Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB**, mais saúde, qualidade de vida e cidadania. Disponível em: www.mdr.gov.br/saneamento/plansab. Acesso em: 26 jan. 2020.

Entretanto, a realidade tem se mostrado muito aquém da estimativa do Plano Nacional de Saneamento Básico: a provisão de recursos federais nas LOAs dos últimos anos, para ações de saneamento básico, decresceu progressivamente de R\$ 2,2 (dois, dois) bilhões em 2015, passando por R\$ 1,5 (um, cinco) bilhão em 2017, para apenas R\$ 423,3 (quatrocentos e vinte e três, três) milhões previstos para o corrente ano de 2020¹². Em 2019, a Confederação Nacional da Indústria¹³ lançou um relatório apontando que os investimentos muito abaixo do necessário conduziram a um atraso, pelo Brasil, de 20 (vinte) anos na meta da universalização, o que poderia ocorrer apenas em 2054, isto se não houvesse alterações abruptas das políticas desenvolvidas e executadas no setor de saneamento.

Muito mais do que metas políticas e até mesmo do que grave ofensa a direitos internacionais, constitucionais e legalmente previstos, esse quadro gravíssimo representa a condenação de milhões de cidadãos brasileiros à permanência em situações de insalubridade, moradia indigna e risco à saúde e à vida, bem como a submissão do meio ambiente à constante degradação, por ao menos mais duas décadas.

1 Direitos Humanos Fundamentais à água potável sadia e ao saneamento básico

Desde a década de 70, a água potável e o saneamento básico são reconhecidos como essenciais à dignidade da pessoa humana e à concretização de vários direitos humanos, constando como obrigações diretas ou indiretas em diversas Convenções e documentos internacionais.

¹² **Orcamento Cidadão dos anos de 2015, 2017 e 2020.** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamento-cidadao>. Acesso em: 8 fev. 2020.

¹³ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Burocracia e Entraves ao Setor de Saneamento.** Disponível em: http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/outrosetudos/2015-12-08_Burocracia%20e%20Entraves%20saneamento-Final.pdf?utm_source=site&utm_medium=blog&utm_campaign=saneamentob%C3%AAsico&utm_content=saneamento-11012016. Acesso em: 09 fev. 2020.

Ad initium, contudo, foram abordados como pré-requisitos para a consecução dos direitos humanos positivados no Direito Internacional.

Com as inescapáveis preocupações e crescentes debates tangentes à crise hídrica mundial, progressivamente passou-se a entendê-los como direitos derivados e inextricavelmente relacionados aos direitos humanos à vida¹⁴, à dignidade humana¹⁵, a um padrão de vida adequado¹⁶, ao mais alto padrão possível de saúde física e mental¹⁷ e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁸. Em 2010, no entanto, foram expressamente afirmados pela Assembleia Geral e reafirmados

¹⁴ Artigo 3: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Dez, 1948.

¹⁵ Artigo 1: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Dez, 1948.

¹⁶ Artigo 25 (1): Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Dez, 1948.

¹⁷ Artigo 12: Parágrafo 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. Parágrafo 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. ONU. **Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Dez, 1966.

¹⁸ Desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, o reconhecimento legal do direito humano ao meio ambiente sadio vem se expandindo nos níveis nacional e regional, atualmente constando de mais de 100 constituições nacionais, sob diferentes formulações.

pelo Conselho de Direitos Humanos, ambos da ONU¹⁹ (com votos positivos pelo Brasil), como parte do arcabouço do Direito Internacional já existente, como direito humano essencial à vida e a todos os demais direitos humanos, bem como juridicamente vinculativos às nações.

Com isto, tem-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos o reconhecimento de que todo ser humano possui direito à água potável sadia e ao saneamento básico, de forma física e economicamente acessível e em quantidades suficientes para uso pessoal e doméstico²⁰. Impõe-se a efetivação material e qualitativa de tal direito humano, motivo pelo qual os países-membro têm sido expressamente instados a garantirem a todos a progressiva universalização de tais serviços, eliminando-se as disparidades no acesso, inclusive em relação a grupos de risco ou marginalizados, seja com base em raça, gênero, idade, deficiência, etnia, cultura, religião, origem nacional ou social, disparidades rural-urbanas, residências em favelas, níveis de renda, ou quaisquer outros critérios.

Relembre-se que as nações possuem a responsabilidade de promover e proteger, de forma justa e equitativa, a todos os direitos humanos, dada sua natureza universal, indivisível, interdependente e inter-relacionada. Diante disto, são incumbidas com o dever da criação de ambiente propício à materialização do direito humano à água potável sadia e ao saneamento básico, de forma que as obrigações vinculadas devem ser traduzidas em ações afirmativas, ou seja, por meio da normatização, da formulação de políticas públicas e da execução adequada dos serviços públicos correlatos– que devem ser informados pelos princípios gerais de direitos humanos, incluindo os de igualdade e

¹⁹ Resolução da Assembleia Geral da ONU A/RES/64/292 adotada em 28 de julho de 2010 c/c Resolução do Conselho dos Direitos Humanos A/HRC/RES/15/9.

²⁰ Conforme definido, desde 2002, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sob a égide do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591/1992.

não discriminação, acesso à informação, transparência, participação, *accountability*, sustentabilidade, realização progressiva e não retrocesso.

Por conseguinte, os cidadãos têm a possibilidade de exigir a atuação pertinente de seus governos, sendo certo que o não atendimento de tal direito lhes legitima à judicialização, com vistas a compelir a tomada das medidas necessárias à sua fruição, indenização por danos correspondentes às ofensas contra tais direitos, ou mesmo, no âmbito internacional, uma eventual punição.

Em 2015, em reforço à medida anteriormente citada, a ONU formalmente reconheceu o direito à água potável sadia e o direito ao saneamento básico²¹, como dois direitos humanos autônomos, apontando que este último garante dito serviço de forma física e economicamente acessível, em todas as esferas da vida, de forma segura, higiênica, social e culturalmente aceitável, que forneça privacidade e garanta dignidade a todos. No mesmo ano, estabeleceu dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável²² – cujo objetivo precípua é a erradicação da pobreza e a promoção de vida digna a todos, sem comprometer o meio ambiente para as presentes e futuras gerações –, o de se assegurar, até 2030, o acesso universal e equitativo a água potável sadia e ao saneamento básico (ODS 6).

Especificamente no Brasil, o direito ao saneamento básico e suas pertinentes políticas públicas encontram suporte constitucional em diversos artigos, no entanto não consta no Título II da CF/88 (artigos 5º

²¹ Resolução da Assembleia Geral da ONU A/RES/70/169, adotada em 17 de Dezembro de 2015. Disponível em: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/169. Acesso em 10 de fevereiro de 2020.

²² Os 193 países-membros das Nações Unidas adotaram oficialmente a nova agenda de desenvolvimento sustentável, intitulada “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, na Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, realizada na sede da ONU em Nova York, em setembro de 2015. Essa agenda contém 17 Objetivos (ODS) e 169 metas, em complemento aos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) adotados desde 2000. Por ocasião dos ODMs, entre os anos 2000 e 2015, o tema esteve presente na Meta 7: garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente, com foco em abastecimento de água.

a 17), onde o Poder Constituinte Originário indicou os Direitos e Garantias Fundamentais, um registro expresso de tal direito. Em que pese isto, por força do §2º do artigo 5º da CF/88, reconhece-se que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados (direitos fundamentais implícitos, deduzíveis pela via hermenêutica), ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Quanto a estes últimos, compreende-se que a ratificação brasileira do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²³ – que é parte da Carta Internacional dos Direitos Humanos, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) – e o já citado voto favorável brasileiro pelo reconhecimento formal como direitos humanos, mediante a Resolução da Assembleia Geral da ONU, imprimem em tais direitos força normativa também no âmbito interno²⁴.

²³ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang citando Juarez Freitas ressalta – em que pese o fato de não estarem formalmente presentes as características de um tratado internacional e não poder-se tratar exatamente do mesmo modo no que tange a vinculatividade e tendo em conta a referência expressa, na CF/88, aos tratados internacionais – que o §2º do artigo 5º da CF/88 encerra uma autêntica norma geral inclusiva, impondo o dever de uma interpretação dos direitos materialmente fundamentais sintonizada com o teor da Declaração Universal dos Direitos do Homem. SARLET, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, aponta que estes últimos se dão pela incorporação ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, mediante um processo de “fundamentalização” (pela incorporação às constituições), dos direitos naturais e inalienáveis da pessoa (direitos humanos), adquirindo, por conseguinte, a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65 e 31.

Digno de nota que o Brasil, contudo, não ratificou, ainda, o Protocolo Opcional²⁵ ao PIDESC que permite a indivíduos peticionarem perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em casos de violações de direitos contidas no respectivo Pacto Internacional, dentre os quais se incluem os direitos humanos à água potável sadia e ao saneamento básico. Por conta disto, a judicialização internacional de violações destes direitos humanos resta, neste âmbito, prejudicada aos cidadãos brasileiros. Todavia, o mesmo não se reflete no nível nacional, em face do seu reconhecimento enquanto direitos e das respectivas imposições de deveres, no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale apontar que, da mesma maneira que no Direito Internacional, na esfera constitucional brasileira verificam-se expressamente consagrados os direitos fundamentais à vida (art. 5º), à saúde, à alimentação e à moradia (art. 6º), bem como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), todos norteados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e intrinsecamente dependentes dos direitos à água potável sadia e ao saneamento básico, como já visto. No caso concreto, estão presentes, portanto, ambas as circunstâncias previstas na Carta Magna para a consagração da água potável sadia e do saneamento básico como direitos materialmente fundamentais, seja pela via hermenêutica, implícita, seja pela internalização do Direito Internacional.

Impende, ademais, atentar para o fato de que não apenas direitos humanos, mas também direitos fundamentais, os quais impõem deveres

²⁵ CESCR-OP - Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2008, 60 anos após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo um mecanismo capaz de permitir que pessoas ou grupos apresentem reclamações, ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, a respeito de violações de tais direitos, perpetradas por um Estado-Parte. O Brasil, entretanto, ainda não ratificou tal documento, como se pode ver no site da ONU de status de ratificações por países. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=EN.

constitucionais, em especial aos três entes federativos brasileiros, os direitos à água potável sadia e saneamento básico possuem aplicação imediata, na forma do art. 5º, §1º da CF/88, gerando, portanto, efeitos jurídicos que vinculam, imediatamente, as entidades públicas e privadas.

Na prática, a jurisprudência brasileira, norteada por paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal, reafirma o direito humano fundamental à água²⁶ e inclui o saneamento básico, no âmbito da tutela do direito materialmente fundamental ao mínimo existencial, cuja realização tem justificado o controle judicial de políticas públicas e afastado a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a excepcional comprovação de justo motivo objetivamente aferível –, em atenção princípio da vedação à proteção insuficiente²⁷.

²⁶ “... A água é o ponto de partida, é a essência de toda vida, sendo, portanto, um direito humano básico, o qual deve receber especial atenção por parte daqueles que possuem o mister de fornecê-la à população...” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1629505/SE**. Relator: Min. Herman Benjamin, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66954352&num_registro=201601222079&data=20161219&tipo=51&formato=PDF.

²⁷ “É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJU de 4.5.2004.

2 Regulamentação federal da Política Pública de Saneamento Básico

Em que pese sua extrema relevância, quando comparado a outros setores de infraestrutura, como transporte, energia e telecomunicações, cujos marcos regulatórios e agências reguladoras setoriais datam dos anos 90, a regulação do saneamento básico no país ocorreu de forma muito mais lenta. Apenas no ano de 2007, quase 20 anos depois da promulgação da CF/88 – mas, ainda assim, de forma contemporânea ao reconhecimento internacional formal como direitos humanos –, houve o advento da Lei Federal nº 11.455 que estabeleceu as diretrizes nacionais e a Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB), a qual foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.217/2010.

No âmbito da organização político-administrativa do Estado brasileiro, que preceitua a descentralização política e a autonomia dos entes federativos, a Constituição Federal de 1988 impõe a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, para promover programas de saneamento básico (art. 23, IX), sendo que compete à União instituir suas diretrizes nacionais (art. 21, XX). Verifica-se constitucionalmente, também, a possibilidade de cooperação entre os entes federados, para gestão associada de tais serviços públicos (art. 241), contando com a participação do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio de sua direção municipal, na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV da CF/88 c/c Lei nº 8.080/90, art.18, IV, “d”).

A competência municipal para prestação dos serviços públicos de saneamento básico, anteriormente objeto de dissenso jurídico e de disputa de poder pertinente a sua titularidade, há muito é polêmica pacificada por construto jurídico alicerçado na previsão constitucional do art. 30, inciso V da CF/88, que garante aos Municípios autonomia na gestão de serviços públicos de interesse local. Esta noção não é entendida, todavia, em termos absolutos, mas subjugada-se às

peculiaridades da realidade do fenômeno urbano e social, em prol do atendimento das necessidades comunitárias.

Em 2013, tal questão foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842 contra a Lei Complementar nº 87/1997, a Lei nº 2.869/1997 e o Decreto nº 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, pertinente à instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos e à competência para saneamento básico. No Acórdão, o Plenário do STF apontou que a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local, no caso de conglomerados urbanos, e passa a ter a natureza de interesse comum, que é contemplada no artigo 25, §3º da CF/88:

[...] Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico [...]. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual [...]²⁸.

Assim sendo, patenteia-se que a Constituição Federal de 1988 objetivou possibilitar ao Estado a congregação, de Municípios

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842**. Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJe nº 181 Divulgação 13/09/2013 Publicação 16/09/2013. Tramitaram em apenso à mais abrangente ADI 1842, devido à conexão, continência e identidade de objetos a ADI 1826, ADI 1843 e ADI 1906.

territorialmente próximos, em Regiões que tenham interesses e problemas comuns, a fim de que possam encontrar soluções mais eficazes e que melhor atendam àquela específica coletividade, ao invés de relegá-las a cada um dos Municípios isoladamente. Neste caso, a competência municipal acaba mitigada, o Estado assume responsabilidade pela adequada prestação dos serviços metropolitanos, saneamento básico inclusive, com a participação ativa dos Municípios enquanto membros dos Conselhos Deliberativos e coautores do Plano Diretor Metropolitano.

Esta lógica foi abarcada pelo Projeto de Lei nº 3261/2019, que atualmente tramita no Poder Legislativo Federal com o objetivo de atualizar²⁹ o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei Federal nº 11.445/07. No PL, a titularidade dos serviços de saneamento básico pode ser dos Municípios nos casos de interesse local, ou da estrutura de governança interfederativa, instituída nos termos do § 3º do art. 25 da CF/88, nos casos de interesse comum. Há, também, a previsão de soluções de gestão associada e de prestação regionalizada dos referidos serviços públicos.

2.1 Interfaces e ferramentas da Política Nacional de Saneamento Básico

Na forma como atualmente vigente, a PNSB conceitua “saneamento básico” como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de(i) abastecimento de água potável, (ii) esgotamento sanitário, (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e (iv) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (art. 3º da Lei Federal nº 11.445/07). Ressalte-se, contudo, que os recursos hídricos não

²⁹ Em 2018, a Medida Provisória nº 868 alterou substancialmente o marco regulatório do setor, entretanto seu prazo de vigência se encerrou em 03/06/2019. Ademais, existem algumas proposições legislativas com o mesmo objetivo de alteração da PNSB, v. g. PL nº 3.261/2019, PL nº 10.996/2018, PL nº 3189/2019 e PL nº 4.162/2019 e PL nº 3.235/2019.

integram tais serviços e que a sua utilização, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos do artigo 4º da PNSB e da Lei nº 9.433/97.

A PNSB estabeleceu como diretrizes: a universalização dos serviços; a articulação e integração com outras políticas públicas; a participação e o controle social; o estabelecimento de subsídios, a eficiência e a sustentabilidade econômica; a transparência das ações; entre outras. Em prol da efetivação de tais nortes, criou importantes ferramentas como o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SNIS), o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico (REISB) e a obrigação de elaboração dos Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB).

No que diz respeito à integração, importa ressaltar a interface nítida havida com a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Lei Federal nº 6.938/1981) que preconiza a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida, mediante a racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar, impondo ao poluidor e ao predador obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, assim como ao usuário, a contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Também possui clara conexão com a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH (Lei Federal nº 9.433/1997), principalmente em relação às captações de água para abastecimento das populações, o lançamento e tratamento adequado dos esgotos sanitários e o aproveitamento de águas de chuva.

Outro importante marco normativo que reforçou o diálogo com a PNSB foi o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), que ao estabelecer normas reguladoras do uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, consagrou o direito à cidade sustentável, composto pelo direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, para as presentes e futuras gerações. Além disto,

reforçou ser competência da União não apenas a instituição de diretrizes para desenvolvimento urbano, mas também de promover, seja por iniciativa própria ou com os demais entes federativos, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, obras estas que recebem tratamento prioritário, na forma do Estatuto.

Da mesma forma, a Política Nacional sobre Mudanças do Clima – PNMC (Lei Federal nº 12.187/2009), cujas estratégias setoriais sobre cidades e desenvolvimento urbano, recursos hídricos e saúde, se articulam com o PLANSAB, no que diz respeito à qualidade da água, à reabilitação de áreas urbanas e urbanização de assentamentos precários e à implantação de infraestrutura urbana de saneamento básico. Similar compatibilização entre os respectivos planos se dá, ainda, com relação à Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS (Lei Federal nº 12.305/2010) que passou a integrar a Política Nacional do Meio Ambiente e que permite, inclusive, que o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos esteja inserido no próprio plano municipal de saneamento básico, previsto pela PNSB.

De notável relevância para a PNSB, o PLANSAB, aprovado pelo Decreto nº 8.141/2013 e pela Portaria Interministerial nº 571/2013, estabelece objetivos e metas nacionais e regionais, de curto, médio e longo prazos, estes últimos para o então horizonte de 20 anos, determinando uma avaliação anual dos progressos havido se a revisão do PLANSAB a cada 4 (quatro) anos (art. 52), pensando no alinhamento ao Plano Plurianual (PPA)³⁰. Além disto, deve ser compatível com os planos de recursos hídricos, inclusive o Plano Nacional de Recursos Hídricos e os planos de bacias, da mesma forma que os PMSB deverão ser compatíveis com os planos de recursos hídricos das bacias hidrográficas

³⁰ Aprovado por lei quadrienal, o Plano Plurianual, previsto no artigo 165 da CF/88, tem vigência do segundo ano de um mandato presidencial até o final do primeiro ano do mandato seguinte, planejando todas as ações de governo e respectivo orçamento público.

em que os Municípios estiverem inseridos (art. 57, § 1º, IV c/c art. 19 do Decreto nº 7.217/2010).

A versão atualizada, em 2019, do PLANSAB e submetida à consulta pública³¹ optou por associar as estratégias, desenhadas para dar materialidade às suas diretrizes, às metas estabelecidas nos ODS da ONU que compartilham temas comuns. Neste sentido, reconheceu relação, não apenas com metas específicas do já comentado ODS 6 Água Potável e Saneamento, mas também do ODS 7 Energia Limpa e Acessível, ODS 11 Cidades e Comunidades Sustentáveis, ODS 12 Consumo e Produção Responsáveis, ODS 13 Ação Contra a Mudança Global do Clima e ODS 17 Parceria e Meios de Implementação.

Já o anteriormente citado Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico, previsto no art. 53 da PNSB, visa à coleta e sistematização de dados das condições da prestação dos serviços de saneamento básico em todo o Brasil, com o objetivo de produzir informações de caráter institucional, administrativo, operacional, gerencial, econômico-financeiro e contábil, pertinentes às realidades nacional, regional e local, de forma a facilitar o monitoramento dos serviços e a avaliação da eficiência da gestão pública. Imprescindível instrumento para o planejamento e a execução da Política Pública de Saneamento Básico, a disponibilidade online da base de dados do SNIS também viabiliza o direito fundamental de acesso à informação, preconizado tanto enquanto diretriz da PNSB, como pelo art. 5º, XXXIII da CF/88.

O Decreto nº 7.217/2010, regulamentador da PNSB, ordena que o SNIS deva ser desenvolvido e implementado de forma articulada ao Sistema Nacional de Informações em Recursos Hídricos - SNIRH, e ao Sistema Nacional de Informações em Meio Ambiente – SINIMA (art.

³¹ BRASIL. **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Mais Saúde Com Qualidade de Vida e Cidadania. Versão Revisada – 2019. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. Brasília, 2019. Documento. Disponível em: www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/plansab/Versaoatualizada07mar2019_consultapublica.pdf. Acesso em: 8 fev. 2020.

66, § 2º). Contudo, importa atentar para o fato de que as informações do SNIS são autodeclaratórias, anualmente disponibilizadas pelos próprios prestadores e pelos órgãos municipais encarregados da administração dos serviços públicos de saneamento básico.

As discrepâncias em relação a outras fontes de dados públicos são uma realidade ainda por ser superada e que impõe obstáculo à plena fruição dos direitos humanos e fundamentais correlatos, na medida em que desafia a melhor gestão dos serviços e, em última análise, à universalização almejada. Em atenção à imperiosa necessidade de aumentar a confiabilidade das informações autodeclaradas ao SNIS, o então Ministério das Cidades, atual Ministério do Desenvolvimento Regional, instituiu metodologia para auditoria e certificação das informações, sob responsabilidade das agências reguladoras, por meio da Portaria nº 719/2018, cujos efeitos concretos ainda se esperam.

Tal circunstância encontra estreita correlação com o fato de que os programas de investimentos federais, incluindo o PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, exigem o envio regular dos dados ao SNIS como critério de seleção, de hierarquização e de liberação de recursos financeiros federais para cada tipo de serviço prestado. Semelhante problema ocorre com a qualidade dos Planos Municipais de Saneamento Básico, cuja elaboração é obrigatória por força do art. 9º da Lei Federal nº 11.455/2007, consistindo em pré-requisito para o acesso a recursos da União (art. 50), bem como para a contratação da iniciativa privada (art. 11, inciso I) – este instrumento, entretanto, será abordado mais detidamente no capítulo a seguir.

Ferramenta relativamente mais recente e com previsão de vigência até o ano de 2026, o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico foi criado mediante a inserção, na Política Federal, dos artigos 54-A e 54-B, pela Lei Federal nº 13.326/2016, com o objetivo de estimular as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos de saneamento básico a aumentarem seu volume de investimentos, por meio da concessão de créditos tributários.

Dentre os critérios exigidos para o benefício, além do alcance das metas de universalização, da inovação tecnológica e da redução das perdas e ampliação da eficiência do sistema, está a exigência de preservação de áreas de mananciais e de unidades de conservação necessárias à proteção das condições naturais e de produção de água.

Todavia, o artigo 54-C, que definiria os termos e condições do benefício fiscal como relativos a PIS, PASEP e COFINS³², foi objeto de veto presidencial³³. A ausência de previsão legal sobre a natureza dos créditos tributários que comporiam o REISB, bem como sobre a forma de sua apuração, resulta num instrumento incompleto, apesar de formalmente acrescido à Política Nacional de Saneamento Básico.

2.2 Planejamento e execução dos serviços de saneamento básico

Etapa imprescindível para a materialização de qualquer política pública eficiente, se o planejamento macro nacional visando à universalização do saneamento básico tem lastro no PLANSAB, a execução dos serviços públicos correlatos encontra principal bússola no Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). Sua elaboração, pelos titulares dos serviços, é obrigatória, sendo que poderá ser específico para cada serviço, ou planejar em documento único todas as ações, serviços e investimentos de infraestrutura voltados à universalização dos quatro componentes do saneamento básico (art. 9º, I c/c art. 19 caput da Lei Federal nº 11.455/2007).

O descumprimento de tal dever não ofende apenas formalmente a PNSB, mas resulta em consequências negativas concretas para a

³² PIS - Programa de Integração Social; PASEP - Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público; e COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

³³ O veto foi justificado pela alegação de que redundaria em renúncia de receita tributária em desacordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, por comprometer o esforço fiscal do então Governo, contribuindo para o baixo dinamismo da arrecadação tributária, por contrariar as diretrizes de simplificação da tributação de PIS e COFINS e por violar a Lei de Diretrizes Orçamentárias então vigente.

execução dos serviços, uma vez que impõe obstáculo ao acesso a recursos orçamentários da União (art. 50) ou aos recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico (art. 26, §2º, Decreto n.º 7.217/10). Não apenas isto, mas os planos são condição de validade dos contratos que tenham por objeto a delegação da prestação de serviços públicos de saneamento básico, além de vincularem a execução dos planos de investimentos e dos projetos relativos ao contrato (art. 11, inciso I e §1º c/c art. 19, §6º).

Digno ressaltar, neste sentido, que, apesar de poder ser elaborado pelos titulares, com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço, o PMSB não possui forma livre, encontrando conteúdo mínimo exigido no rol do artigo 19 da Lei Federal nº 11.455/2007:

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV - ações para emergências e contingências;

V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

Todos os supracitados requisitos devem englobar integralmente o território do ente da Federação que o elaborou (exceto quando regionais), além de ser compatível com os Planos de Bacias Hidrográficas em que estiverem inseridos, na forma dos §§ 3º e 8º do

mesmo colacionado artigo da PNSB. Ferramentas imprescindíveis à gestão do serviço de saneamento básico municipal, ou regional, conforme o caso, os planos de saneamento básico devem ser revistos (da mesma forma que o PLANSAB, no âmbito nacional) em prazo não superior a 4 anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual (§4º).

Nem a PNSB, nem seu Decreto regulamentador impõem forma legal específica à edição dos PMSB pelos Municípios. No Rio de Janeiro, p. ex., sua aprovação se deu por meio do Decreto Municipal nº 41.173/2015, o que não parece desafiar óbice jurídico, na medida em que a base legal de aplicação nacional já é capaz de fornecer suporte à atuação administrativa do Gestor Público.

Em que pese a aparente clareza das diretrizes impostas pela Política Nacional para o planejamento pertinente à execução dos serviços, e mesmo considerando o transcurso de uma década desde o marco legal, ainda assim, a maioria dos municípios do Brasil não tem sido exitosa sequer no planejamento de suas políticas públicas. Tamanha tem sido a dificuldade na apropriada elaboração dos PMSB que o prazo legal estabelecido pelo art. 26, §1º do Decreto nº 7217/2010, já foi adiado quatro vezes³⁴, tendo a última delas postergado o prazo da exigência para 31 de dezembro de 2022.

Levantamento recente do IBGE estimou que apenas aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos municípios do Brasil possuía PMSB, sendo que meros 55% (cinquenta e cinco por cento) dos planos elaborados contemplaram, totalmente, o conteúdo mínimo exigido por lei. A título de exemplo, cite-se que, dentre todos os requisitos legais, o estudo indicou que aquele menos comumente encontrado é o que ordena a definição de mecanismos e procedimentos para a avaliação e monitoramento sistemáticos das ações programadas³⁵.

³⁴ Decreto Federal nº 8.211/2014, Decreto Federal nº 8.629/2015, Decreto Federal nº 9.254/2017 e Decreto Federal nº 10.203/2020.

³⁵ IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros: Saneamento básico.** Aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro. IBGE, 2018.p. 20-21.

Se o planejamento dos serviços públicos de saneamento básico é indelegável, de outro giro a sua execução, propriamente dita, pode ser realizada tanto diretamente pelos órgãos titulares (via de regra, os Municípios), quanto pode ser delegada, inclusive à iniciativa privada, seja a sua organização, regulação, fiscalização e efetiva prestação (art. 241 da CF/88 e Lei Federal nº 11.107/2005). A PNSB permite, ainda, a autorização a usuários organizados em cooperativas ou associações limitados a condomínio, ou localidade de pequeno porte (art. 10, §1º).

Importa ressaltar que a delegação da prestação dos serviços públicos deve ser feita pelo regime de concessão ou de permissão³⁶, sempre através de licitação³⁷ e mediante contrato, vedada sua disciplina por convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (art. 175 da CF/88 c/c art. 10 da Lei Federal nº 11.455/2007).

Antes da entrada em vigor da PNSB, era comum a celebração de convênio para reger a relação jurídica da delegação dos serviços de saneamento básico, especialmente quando a contratada era uma autarquia ou empresa pública de outro ente federativo. Não raro outros instrumentos de caráter precário eram utilizados, havendo casos em que sequer existiam documentos formalizando a delegação. A manutenção ou a renovação das delegações da prestação dos serviços destas formas precárias, além de nulas, consubstancia prática de ilícito passível de responsabilização por improbidade administrativa.

³⁶ Neste artigo, as restrições impostas pela necessidade de recorte temático e pelo limite de páginas não permitem uma análise mais detida sobre os distintos regimes e contratos – assim como a respeito de diversos temas pertinentes a saneamento básico, passível de redação de um Manual –, no entanto cumpre informar que a norma encerrada no artigo 175 da CF/88 encontra regulamento na Lei Federal nº 8.987/1995. Além disto, normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública foram acrescidas pela Lei Federal nº 11.079/2004, que não indica área ou setor prioritário para a contratação de PPP, havendo apenas a vedação à delegação das funções regulatórias, jurisdicionais, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (art. 4.º, III).

³⁷ Conforme o caso, impõem-se as exigências emanadas da Lei Federal nº 8.666/93, da Lei Federal nº 8.987/95 e da Lei Federal nº 11.107/05.

Inegavelmente, a segurança jurídica na prestação dos serviços de saneamento básico foi uma das preocupações da PNSB. Atualmente, verifica-se exceção à regra geral de exigência licitatória no caso de contratação de consórcio público, do qual o concedente faça parte, por força da disposição expressa contida no inciso III do art. 2º da Lei nº 11.107/2005 c/c art. 241 da CF/88. Não obstante, outras condições de validade dos contratos são encontradas no artigo 11 da Lei nº 11.445/2007, tais como a existência de estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, bem como de normas de regulação e designação da entidade reguladora e fiscalizadora.

Por fim, vale mencionar que a participação e o controle social são proeminentes para a Política Pública de Saneamento Básico, sendo previstas legalmente desde a fase de sua formulação, passando pelo planejamento até o monitoramento e a avaliação dos serviços prestados. Em especial, são preconizados para fins do processo de formação e de revisão dos planos (art. 19, §5º, c/c art. 51 da PNSB) e dos contratos de prestação dos serviços (art. 11, V).

Na prática, entretanto, o controle social encontra pouca materialização na fiscalização das políticas públicas, pois a participação da sociedade civil se dá por meio de órgãos colegiados que atuam somente em caráter consultivo (art. 47 da Lei Federal nº 11.455/2007) e não deliberativo, o que reduz a capacidade de exercício da cidadania, restringindo o alcance da participação dos cidadãos no controle efetivo das políticas públicas de saneamento básico.

Considerações finais

Compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, além de garantias constitucionais e legais vigentes, vinculam os Poderes Republicanos pátrios ao dever de garantir, indiscriminadamente, a todos os seus cidadãos, uma qualidade de vida compatível com a dignidade da

pessoa humana, assegurando-lhes, dentre outros direitos humanos fundamentais, o serviço público de saneamento básico.

Resta evidente que o quadro normativo pertinente à temática – apesar de retardatário em relação aos demais marcos legais de outras infraestruturas necessárias à vida em sociedade, se considerado o período desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, se desenvolveu proficuamente na última década.

A ampla base normativa, entretanto, não encontra eco em um planejamento adequado e tampouco na execução satisfatória dos serviços públicos de abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais, constatados como historicamente aquém da garantia do mínimo existencial, para maioria esmagadora da população brasileira.

Exemplo real da gravidade e da complexidade das consequências advindas da má gestão e da falta de investimentos adequados em saneamento básico não poderia ser mais contemporâneo: o ano de 2020 se inaugurou com gravíssimos impactos negativos ao fornecimento de água potável pela Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE) aos 9 milhões de cidadãos cariocas que habitam a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

A empresa que opera e mantém a captação, tratamento, adução, distribuição das redes de águas, além da coleta, transporte, tratamento e destino final dos esgotos de diversos municípios do Estado, passou a fornecer água com fortes alterações na coloração, no odor e no sabor. Danos à saúde foram relatados com registros de picos de atendimentos hospitalares por náuseas, gastroenterite e diarreia, por poluição na água³⁸.

Uma das causas cogitadas para o problema seria a contaminação massiva por esgoto *in natura* na Bacia do Rio Guandu, resultando na

³⁸ Vide: **Água sob suspeita**: casos de diarreia, gastroenterite e vômito mais que dobram em UPAs da Zona Oeste. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/agua-sob-suspeita-casos-de-diarreia-gastroenterite-vomito-mais-que-dobram-em-upas-da-zona-oeste-1-24176922>. Acesso em: 16 fev. 2020.

proliferação de cianobactérias³⁹. Nota Técnica da UFRJ qualifica a atual conjuntura como uma ameaça real à segurança hídrica da Região Metropolitana, relatada como de corrente do déficit histórico do sistema de esgotamento sanitário das áreas urbanas, agravado progressivamente pelo crescimento populacional e pela ocupação urbana desordenada⁴⁰.

De fato, há pelo menos 10 anos, já se havia entabulado projeto de intervenção que impediria a chegada do esgoto à lagoa de captação, solução que, entretanto, não substituiria a necessidade de tratamento. No entanto, a licitação para contratação das obras deu azo ao ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro, tendo por objeto o acréscimo de R\$ 50 milhões no orçamento original, em ofensa à Lei de Licitações⁴¹.

O problema hídrico gerou também crise política no Estado e os fatos atualmente são objeto de investigações cíveis, administrativas e criminais, para apurar se houve erro, falha ou até mesmo sabotagem no tratamento da água pela companhia, que está cotada para de ser privatizada ainda em 2020. Enquanto isso, milhões de litros de esgoto não tratado persistem diariamente despejados nos principais rios que alimentam o sistema hídrico, do qual a Região Metropolitana é absolutamente dependente.

No âmbito nacional a realidade não é menos grave. No final do ano de 2019, o IPEA apresentou um diagnóstico em relação ao atingimento do ODS 6: Assegurar a disponibilidade e Gestão Sustentável da Água e

³⁹ Vide: **Quais as dimensões políticas da crise hídrica do Rio**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/01/28/Quais-as-dimens%C3%B5es-pol%C3%ADticas-da-crise-h%C3%ADdrica-do-Rio>. Acesso em: 16 fev. 2020.

⁴⁰ UFRJ. **Nota Técnica da UFRJ sobre os problemas da qualidade da água que a população do Rio de Janeiro está vivenciando**. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 16 fev. 2020.

⁴¹ Vide: **Cedae engaveta há 10 anos obra que evitaria crise da água no Rio**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/01/19/cedae-engaveta-por-10-anos-obra-que-evitaria-contaminacao-de-agua-no-rio.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

Saneamento para todas e todos⁴², onde contextualiza a realidade contemporânea do tema gestão e governança da água, no Brasil. Relembrando ocorrências trágicas, como os rompimentos e vazamentos de barragens de rejeitos de mineração – por exemplo: Mariana (MG), em 2015; Barcarena (PA), em 2017; e Brumadinho (MG), em 2019, o diagnóstico aponta irreparáveis perdas de vidas humanas e materiais e os incalculáveis danos ambientais consistentes na contaminação e degradação de corpos hídricos e seus ecossistemas, bem como perdas de atividades produtivas e novos riscos à saúde da população.

Nas cidades, o diagnóstico ressalta os desafios com resíduos sólidos, drenagem de águas pluviais urbanas, lançamento de esgotos domésticos e industriais *in natura* gerando grandes passivos ambientais. Já no meio rural, enfatiza-se a falta de monitoramento da qualidade da água, cada vez mais contaminada por agrotóxicos e fertilizantes, bem como a grave deficiência na cobertura dos serviços, circunstância esta também apontada como proeminente em relação aos aglomerados subnormais, mesmo nas grandes cidades.

Não menos importantes, os investimentos públicos em ações de saneamento concentrados nos grandes centros urbanos, relegam à margem do Estado as populações residentes nas áreas rurais, nos médios e pequenos municípios e, até mesmo, nos aglomerados subnormais das grandes capitais. Tais históricas concentrações encontram correlação não apenas com a quantidade de cidadãos atendidos, mas com as projeções de retorno financeiro dos investimentos na infraestrutura. Contudo, a persistência neste modelo, além de contraproducente à meta de universalização, constitui medida excludente e discriminatória do exercício dos direitos humanos à água potável sadia e ao saneamento básico, sintomática do racismo ambiental.

⁴² BRASIL. Ministério da Economia. **CADERNOS ODS**. ODS 6 - Assegurar a disponibilidade e Gestão Sustentável da Água e Saneamento para todas e todos. IPEA. 2019.

Os progressivos decréscimos nos investimentos em saneamento básico nos últimos anos, muito aquém das estimativas anuais previstas para o atingimento da meta da universalização em 2035, igualmente, infringem as premissas dos direitos humanos e fundamentais correlatos, na medida em que ofendem aos princípios da realização progressiva e da vedação ao retrocesso e cerceiam, indefinidamente, a plena fruição da dignidade da pessoa humana que, dos direitos sob comento, intrinsecamente depende – sem contar a afronta ao dever de garantia, para as presentes e futuras gerações - do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O déficit e o descaso, ao contrário de residuais, se demonstram um problema sistêmico, resultante de históricos e constantes descumprimentos aos compromissos assumidos pelo país e ao quadro normativo vigente que regulamenta o tema. Motivo pelo qual, a responsabilidade pertinente aos ilícitos, à má gestão e à reparação dos danos decorrentes são um desafio tão grande para o Poder Judiciário, quanto o é para a sustentabilidade da vida dos cidadãos e do meio ambiente.

Referências

Agência Nacional de Águas. **Atlas esgotos**: despoluição de bacias hidrográficas. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília: ANA, 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 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto Federal nº 7.217 de 21 de Junho de 2010**. Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7217.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Decreto Federal nº 8.141, de 20 de novembro de 2013. Dispõe sobre o Plano Nacional de Saneamento Básico - PNSB, institui o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Acompanhamento da Implementação do PNSB e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Decreto/D8141.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: 24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018**. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Mais Saúde Com Qualidade de Vida e Cidadania. Versão Revisada – 2019. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. Brasília, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1629505/SE**. Relator: Min. Herman Benjamin, 13 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJU de 4.5.2004.

BRASIL. Ministério da Economia. **CADERNOS ODS**. ODS 6 – Assegurar a disponibilidade e Gestão Sustentável da Água e Saneamento para todas e todos. IPEA. 2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382**. Ulysses Guimarães, Presidente da Ass. Nac. Constituinte. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Escrevendo a História - Série Brasileira. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2020.

IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros: Saneamento básico**. Aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro. IBGE, 2018.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanços em saneamento básico continuam insuficientes nas 100 maiores cidades do país**. Press

Release. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/pdfs/release-ranking-2011.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos E Sociais Da Expansão Do Saneamento No Brasil**. Março de 2017. Disponível em: <https://biblioteca.cebds.org/beneficios-economicos-da-expansao-do-saneamento-brasileiro>. Acesso em: 29 jan. 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Dez, 1948.

ONU. **Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Dez, 1966.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 41173 de 23 de dezembro de 2015**. Aprova o Plano Municipal de Saneamento Básico da Cidade do Rio de Janeiro - Drenagem e Manejo de Águas Pluviais Urbanas.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

UFRJ. **Nota Técnica da UFRJ sobre os problemas da qualidade da água que a população do Rio de Janeiro está vivenciando**. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 16 fev. 2020.

Mediação e oficinas de pais e filhos: instrumentos de manutenção do vínculo de parentalidade no processo de ruptura conjugal

Mediation and parent and child workshop: instrument of maintaining the parenting bond in the process of marital break

Bruna Ferreira de Araújo Bezerra*

Dayse Braga Martins*

Resumo: A presente pesquisa apresenta uma análise das oficinas de parentalidade, projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desenvolvidas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Avalia-se a instrumentalidade e sua eficiência, para fins de formação e informação das partes envolvidas no processo de ruptura conjugal no âmbito do Poder Judiciário, com ênfase nos filhos (criança e adolescente). Para tanto, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica e empírica, de natureza qualitativa e com fins exploratório e descritivo. Constatou-se que a mediação é o meio adequado à solução dos conflitos familiares, e que as oficinas de pais e filhos, aliadas a este método consensual, refletem na boa administração das relações familiares futuras, evitando assim, a reincidência dos processos judiciais. Vislumbrou-se também, que apesar das vantagens da oficina de parentalidade, é comum sua baixa adesão. Neste contexto, apresenta-se a proposta de condicionar a oficina à sentença, devendo sua participação, mediante triagem do psicólogo em

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Ieducare (FIED). E-mail: brunaaraujobezerra@gmail.com.

* Advogada, mediadora e conciliadora judicial certificada conforme determinação da Resolução 125/2010 CNJ. Possui graduação em Direito (1999), mestrado em Direito Constitucional (2003) e doutorado em Direito Constitucional (2017), todos pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Professora desde 2002 do Curso de Direito Graduação e pós graduação da Unifor e mediadora e conciliadora do CEJUSC/Unifor. Cadastrada no Grupo de Pesquisa do Diretório do CNPQ "Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina". E-mail: daysebraga@unifor.br.

audiência inaugural, ser obrigatória nas demandas que envolvem interesses dos filhos, com vias a efetivação do direito fundamental da proteção integral do direito da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Ruptura conjugal. Solução de conflitos familiares. Mediação familiar. Oficinas de parentalidade.

Abstract: This research presents an analysis of parenting workshops, a project of the National Council of Justice (CNJ), developed at the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSC). Instrumentality and efficiency are evaluated for the purposes of training and informing the parties involved in the process of marital breakdown within the Judiciary, with an emphasis on children (children and adolescents). To this end, bibliographical and empirical research, of a qualitative nature and with exploratory and descriptive purposes, was developed. It was found that mediation is the appropriate way to resolve family conflicts, and that the workshops of parents and children, combined with this consensual method, reflect on the good management of future family relationships, thus avoiding the recurrence of legal proceedings. It was also noticed that, despite the advantages of the parenting workshop, its low adherence is common. In this context, the proposal is made to condition the workshop to the sentence, and its participation, through screening of the psychologist in the inaugural hearing, should be mandatory in the demands involving the interests of the children, with the means of implementing the fundamental right of the full protection of the right of the child. child and adolescent.

Keywords: Material break. Family conflicts solution. Family mediation. Parenting workshops.

Introdução

Apontada como a base da sociedade e organização essencial para a construção do indivíduo, a família está em constante transformação. Para o Código Civil de 1916, a família era aquela oriunda exclusivamente do matrimônio. Contudo, com a promulgação da

Constituição Federal de 1988, surgiram diferentes modelos familiares e os membros da família passaram a ser protegidos de forma democrática.

O divórcio, o surgimento da união estável, das famílias monoparentais e homoafetivas, a possibilidade do trabalho da mulher e a percepção das crianças e adolescentes como pessoas humanas contribuíram para as alterações na estrutura familiar. Diante dessas mudanças na sociedade, aumentou o número de dissoluções de matrimônios e uniões, promovendo o surgimento de conflitos. Dessa forma, verifica-se a necessidade de uma solução consensual para resolver os litígios familiares.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através da pesquisa bibliográfica e empírica, de natureza qualitativa, à medida que buscou estudar e abordar o tema no ordenamento jurídico. No que se refere aos fins, a pesquisa é exploratória e descritiva, posto que busca descrever, explicar, esclarecer e interpretar o fenômeno abordado.

O presente trabalho busca, inicialmente, fazer uma abordagem sobre as concepções históricas do modelo familiar, demonstrando como essas modificações geraram uma inconsistência nas relações familiares, propiciando conflitos capazes de desestruturar o ambiente afetivo, e descrevendo quais conflitos podem surgir a partir da dissolução do matrimônio.

Posteriormente, apresenta o conceito da mediação, expondo os seus princípios norteadores. Discorre-se acerca da Lei da Mediação (nº 13.140/2015) – e verifica como o Código Civil de 2015 deu maior notoriedade aos meios de soluções consensuais de litígio. Esclarece ainda, como a mediação familiar é adequada à resolução dos conflitos familiares.

Por fim, aborda o surgimento das famílias recompostas após a ruptura conjugal, evidenciando a alienação parental e o abandono afetivo como consequências negativas do divórcio. Desse modo, é apontado que as crianças e os adolescentes são os que mais sofrem com essa problemática. Enfim, analisa-se o projeto da oficina de parentalidade

como um importante aliado desse processo de ruptura conjugal, bem como identificam-se os percalços que limitam o alcance das oficinas e apresenta-se uma possível ação para mitigar esta problemática.

1 Família e ruptura conjugal

A família é a unidade social mais antiga e, desde os primórdios, é considerada a base da sociedade, é o local no qual o indivíduo se insere mais intimamente, sendo essencial para a sua formação. Em virtude dos avanços científicos, tecnológicos e culturais, o conceito de família está em constante transformação.

O modelo familiar adotado pelo Código Civil Brasileiro de 1916¹ era o patriarcal. Neste cenário, o homem era o chefe da sociedade conjugal, enquanto a mulher estava em uma posição de dependência, isto é, era submissa à vontade do marido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988², reformulou-se a noção de Direito de Família. O seu artigo 226 trouxe um rol exemplificativo de modelos familiares e reconheceu a união estável como entidade familiar³.

Ainda em relação a evolução dos modelos familiares, é importante destacar que em 2011, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o Superior Tribunal Federal⁴ reconheceu a

¹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

² 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.

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 20 mar. 2019.

união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, concedendo os mesmos direitos e deveres previstos aos companheiros de sexo oposto nas uniões estáveis.

A partir da chegada de novos padrões, a família passou por diversas mudanças. Neste sentido, dispõe Diniz⁵ que “deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento [...]”. Isto posto, os referenciais da família contemporânea estão baseados na ética, nos laços afetivos e solidariedade entre os membros e na conservação da dignidade da pessoa humana. Estes valores originaram um modelo familiar democrático, com igualdade entre os indivíduos que compõem esse núcleo, descentralizado e desmatrimonializado⁶.

1.1 Dissolução da sociedade conjugal e seus conflitos

Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, o divórcio foi instituído no Brasil e passou a ser regulamentado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977⁷. Diante disto, quando o atual Código Civil⁸ entrou em vigor, seguiu a mesma direção da Lei do Divórcio e dispôs, em seu artigo 1.571, que a sociedade conjugal termina quando um dos cônjuges vier a falecer, quando houver nulidade ou anulação do casamento, ou pela separação judicial e pelo divórcio.

A dissolução da sociedade conjugal gera um período de crise no ambiente familiar, pois é um momento de sofrimento entre os

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5. p. 27.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: Podivm, 2018.

⁷ BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

envolvidos. Diante desta situação, surgem diversos conflitos, como em relação ao patrimônio, visto que os cônjuges devem realizar a partilha de bens no divórcio. O fim do casamento também gera tanto a obrigação alimentar entre os cônjuges, quanto a obrigação de prestar alimentos dos pais para com os seus filhos. Em relação às crianças e adolescentes, ainda existem outras três questões conflituosas advindas da ruptura conjugal, são elas: o exercício da guarda e uma possível alienação parental, e o abandono afetivo. Desse modo, o divórcio promove diferentes conflitos sentimentais, pois os envolvidos estão ligados por vínculos afetivos.

Portanto, conclui-se que os conflitos familiares raramente são solucionados na sentença judicial, já que esta decisão dificilmente alcança o resultado desejado pelas partes envolvidas. À vista disso, os meios de autocomposição, especialmente a mediação, apresentam-se como uma possibilidade de solução efetiva dos conflitos de relação continuada, que objetivam a satisfação de todos os envolvidos, em uma relação de ganhos mútuos.

2 Mediação como meio adequado de solução dos conflitos familiares

A mediação é um método consensual de solução de conflitos, no qual o mediador, que é um terceiro imparcial, auxilia na construção do diálogo e facilita a resolução das divergências, encontrando uma alternativa eficaz e satisfatória para as partes. Consequentemente, os conflitos que possuem maior dificuldade para o diálogo, como àqueles que tratam de sentimentos e situações frutos de um relacionamento, são adequados à mediação⁹. Conforme Sales¹⁰, o procedimento da mediação visa resolver os conflitos por meio de técnicas, buscando: “reestabelecer

⁹ SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007.

¹⁰ SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 111.

diálogo; equilibrar poderes; objetivas e ressignificar sentimentos e; negociar cooperativamente os interesses e as necessidades”.

Para uma melhor compreensão do conceito de mediação e para que a realização da mediação ocorra de uma forma adequada, é de suma importância a observância de seus princípios definidos na Lei nº 13.140/15¹¹: imparcialidade, confidencialidade, autonomia da vontade das partes, informalidade, oralidade, isonomia e boa-fé.

Neste contexto, defende Martins¹², que a consensualidade deve ser inserida no rol de princípios no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo e vem para contribuir com a efetivação dos demais princípios constitucionais. Neste sentido, entendem Pompeu e Martins¹³, que o princípio da consensualidade não significa dizer que todas as ações devam ser resolvidas consensualmente, mas que elas devem priorizar a autocomposição, delineando-se como princípio fundamental do processo civil.

Promulgada em 29 de junho de 2015, a Lei nº 13.140¹⁴, denominada Lei da Mediação, detém de três capítulos que versam sobre

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre 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/113140.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹² 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**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹³ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. **Scientia Juris**, Londrina, v. 22, n. 22, p. 85-114, jul. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29893/23924>. Acesso em: 5 maio 2019.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

“[...] a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]” e conceitua a mediação como um meio de solução de conflitos exercido por um terceiro imparcial que não possui poder de decisão.

O primeiro capítulo da lei, foco do desenvolvimento do artigo, dispõe sobre o procedimento da mediação, abordando os seus princípios e as atribuições dos mediadores. O segundo capítulo versa sobre a autocomposição de conflitos em que a parte for pessoa jurídica de direito público. Por fim, o terceiro capítulo vem apresentar as disposições finais e trazer uma inovação ao processo em seu artigo 46, o qual dispõe que “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”¹⁵.

No antigo Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/73¹⁶, não existia nenhuma previsão para a mediação, apenas a conciliação, contudo, seu instituto não era valorizado. Diante desta situação, o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IDBP e o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - Cebepej, assessorados pelo Fórum Nacional de Mediação -

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/113140.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre 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/113140.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://presrepublica.iusbrasil.com.br/legislacao/91735/codigo-processo-civil-lei-5869-73>. Acesso em: 5 maio 2019.

Foname, apresentaram uma proposta no projeto do novo Código de Processo Civil para regulamentar a conciliação e a mediação¹⁷.

A Lei nº 13.105/15¹⁸ trouxe normas dispendo sobre os métodos alternativos de solução de conflitos, inserindo o procedimento da mediação e estimulando a aplicação das soluções consensuais. Além disso, também se preocupou em diferenciar a conciliação da mediação. Segundo o artigo 165, preferencialmente será utilizada a conciliação nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, enquanto a mediação é usada quando as partes possuem algum vínculo.

Portanto, o legislador, atento as novas demandas, trouxe a devida importância as formas de resolução de conflitos consensuais, que são abordados em diversos dispositivos, os quais regulamentam todo o instituto da mediação, demonstrando que o objetivo é resolver a controvérsia de maneira amigável.

Neste contexto, destaca-se a mediação familiar, por ser uma mecanismo de resolução das controvérsias pelas próprias partes, por meio do diálogo facilitado pelo mediador. Assim, elas decidem sobre as suas questões familiares, identificando os reais conflitos, seus sentimentos e necessidades, e fomentando o resgate do diálogo e a manutenção da boa relação entre os ex-cônjuges em prol dos filhos crianças e adolescentes, que possuem o direito de convivência com ambos os pais.

Deste modo, considerando o protagonismo das partes envolvidas, fundamentada na cooperação, empatia e no diálogo, verifica-se que este mecanismo consensual de tratamento adequado de conflito é eficaz para a continuação do vínculo entre as partes, objetivo dos conflitos familiares que façam parte as crianças e os adolescente.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrin. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, p. 9-15, 2011.

¹⁸ 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: 20 mar. 2019.

3 A mediação de conflitos e a importância das oficinas de pais e filhos para a manutenção do vínculo de parentalidade

Com o intuito de analisar as oficinas de parentalidade como um instrumento eficaz apresentado pelo Judiciário, aliado à mediação de conflitos, abordam-se as consequências da ruptura conjugal para a família e seus efeitos aos filhos, crianças e adolescentes, que podem ter sua integridade psicológica comprometida, por uma má administração dos conflitos familiares, a exemplo de alienação parental e abandono afetivo.

3.1 Surgimento das famílias recompostas após a ruptura conjugal e as possíveis consequências para os filhos

Desde a implantação do divórcio, uma das mudanças na estrutura familiar foi o surgimento de famílias constituídas após a dissolução de relações matrimoniais pretéritas, denominadas de famílias reconstituídas, recompostas, ou até mesmo famílias ensambladas¹⁹.

Os novos casamentos ou as novas uniões geram a pluriparentalidade, isto é, quando a criança ou o adolescente possui mais de um vínculo nas relações de pais e filhos. Ocorre quando o genitor que detém a guarda do filho inicia uma nova união e o seu companheiro passa a ter atuação na rotina da criança ou do adolescente. Diante dessa situação, o artigo 1.595, §1º do Código Civil²⁰ reconheceu a existência do parentesco entre madrasta e padrasto, enteadas e enteados por vínculo de afinidade.

A parentalidade é um princípio constitucional destacado no §7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988²¹, que estabelece que o

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁰ BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

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: 26 fev. 2020.

planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável e no princípio da dignidade da pessoa humana, é de livre decisão do casal, mostrando a evolução do exercício do poder de família, antes exercido apenas pelo pai.

Portanto, diante do exposto e das diversas relações que se reconstróem após a ruptura conjugal, o princípio da parentalidade deve ser observado tanto pelos pais biológicos, mesmo após a separação, quanto pelos padrastos e madrastas, uma vez que passam a conviver com a criança ou o adolescente, tomando decisões e ocupando espaços na rotina desses.

Tratando-se o divórcio de um disseminador de conflitos, verifica-se que os filhos são os que mais sofrem traumas pela alteração do modelo familiar, por sua pouca idade e dificuldade de compreender os eventos daquele momento. Uma das consequências negativas da ruptura conjugal que afetam o psicológico da criança e do adolescente é a Síndrome da Alienação Parental. O artigo 2º da Lei nº 12.318/10²² conceitua a alienação parental como um ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente induzido por um dos genitores, pelos avós ou por quem detém da guarda, que cause prejuízo à manutenção do vínculo do filho com qualquer dos genitores.

Outro efeito negativo do divórcio que também tem sido fonte de demandas judiciais, é o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, o qual afeta a boa saúde psíquica do rejeitado. Em paralelo aos deveres dos pais, os filhos têm direitos fundamentais para a garantia de sua personalidade. Determina o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente²³, que estes gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana e lhes asseguram todas as oportunidades para o seu

²² BRASIL. **Lei nº 12.318, de 28 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

²³ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social. Portanto, além da obrigação de criar, educar e sustentar o filho, os pais têm o dever de dar assistência afetiva.

Diante da ruptura conjugal, tanto o posterior surgimento de uma família recomposta, quanto as consequências negativas do divórcio, causam impacto na vida da criança e do adolescente, principais afetados das mudanças na estrutura familiar, propiciando conflitos que carecem de auxílio em um meio adequado para sua solução, o que pode ser suprido nas oficinas de parentalidade.

3.2 Oficinas de parentalidade

Com o expressivo aumento de divórcios litigiosos, muitas vezes seguidos de disputas de guarda, alimentos e visitas, a mediação de conflitos e as oficinas de parentalidade são implementadas como política pelo Poder Judiciário, com vias a tratarem os conflitos familiares, auxiliando os pais a lidarem com o sofrimento da família e com as consequências que a ruptura conjugal podem trazer para a criança e o adolescente.

Foi neste sentido que as Oficinas de Parentalidade, também conhecidas como Oficinas de Pais e Filhos, foram idealizadas pela Juíza Vanessa Aufiero da Rocha, titular da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Vicente – SP. O projeto teve início no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) com o apoio e o acompanhamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que em 2014 aprovou a Recomendação nº 50²⁴, sugerindo que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos dos Tribunais de Justiça

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 50, de 08 de maio de 2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>. Acesso em: 6 maio 2019.

e Tribunais Regionais Federais adotem as oficinas de pais e filhos como política pública para resolver e prevenir conflitos familiares.

O artigo 10 da Resolução nº 125²⁵ do CNJ determina que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverão promover a cidadania, e uma maneira encontrada para cumprir o disposto neste artigo foi o uso do projeto da oficina de pais e filhos como instrumento em demandas processuais e pré-processuais, o que potencializou a qualidade dos atendimentos das demandas relacionadas ao direito de família.

A Juíza Vanessa Aufiero da Rocha, incitadora do projeto, explica que ele foi desenvolvido com a orientação de psicólogos, assistentes sociais e advogados. Durante as oficinas, além das orientações e conversas relacionadas aos conflitos e suas consequências na família, os participantes recebem material didático e assistem vídeos sobre o assunto²⁶.

Além das oficinas presenciais, o site do Conselho Nacional de Justiça disponibiliza a “Oficina de Pais e Mães”, modalidade online, curso aberto e gratuito para o cidadão de formação e capacitação com carga horária de vinte horas. Esse curso é recomendado aos pais e mães que enfrentam ações judiciais decorrentes da ruptura conjugal, porém pode ser realizado por qualquer interessado já que é aberto à comunidade²⁷.

No ano de 2017, quando o projeto já era realizado periodicamente no Fórum Clóvis Beviláqua, com processos em tramitação nas Varas de Família, a extensão do Centro Judiciário de

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Projeto pioneiro no país é lançado em São Paulo**, 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4992/Projeto+pioneiro+no+pa%C3%ADs+em+S%C3%A3o+Paulo>. Acesso em: 08 maio 2019.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cursos abertos**. Oficina de pais e mães online. Disponível em: <http://www.cni.ius.br/formacao-e-capacitacao/cursos-abertos?view=course&id=18>. Acesso em: 6 maio 2019.

Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, instalado na Universidade de Fortaleza, realizou a primeira oficina de parentalidade em benefício às pessoas que buscam o Escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza (EPJ) para a resolução de conflitos extrajudiciais. Os participantes são aqueles em situações de conflitos familiares que não possuem ação na Justiça e o pré-requisito é a participação de audiências de mediação, também realizadas nesta extensão do CEJUSC-UNIFOR, momento em que as partes serão devidamente encaminhadas à oficina²⁸.

As oficinas de pais e filhos realizadas no Escritório de Práticas Jurídicas da Universidade de Fortaleza ocorrem com o auxílio de psicólogos, de professores e alunos dos cursos de Psicologia e Direito. A cada semestre são marcadas duas oficinas por mês, em dias da semana, com duração de quatro horas, as quais recebem pais, crianças e adolescentes que procuraram o EPJ com o objetivo de resolverem os conflitos familiares por meio da mediação extrajudicial. Na ocasião da oficina de parentalidade, os participantes são conduzidos a quatro salas específicas, uma para as crianças, outra para os adolescentes e outras duas para os pais, que participam das oficinas em salas separadas.

A partir do uso de recursos em multimídia e de vídeos, os assuntos são abordados de forma didática, facilitando os pais a perceberem que os filhos são os que mais sofrem de traumas advindos da ruptura conjugal. Ao final da oficina os participantes recebem um exemplar da Cartilha de Divórcio para os Pais e uma declaração de comparecimento que é anexada ao processo, no mesmo momento é ofertado pelos facilitadores, a partir de recomendação do Conselho Nacional de Justiça, um lanche, para que todos se sintam acolhidos.

Portanto, uma das maiores vantagens da oficina é a conscientização sobre as alterações na estrutura familiar, conduzindo os

²⁸ CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Realizada primeira Oficina de Pais e Filhos na Extensão do Cejusc na Unifor**, 2017. Disponível em: <https://www.tjce.ius.br/noticias/oficina-no-forum-clovis-bevilaqua-ajuda-pais-e-filhos-a-superar-conflitos/>. Acesso em: 5 maio 2019.

pais a compreenderem quais são seus deveres para com os filhos e com seu ex-cônjuge, e a assistência, principalmente às crianças e adolescentes que são os maiores prejudicados em toda a problemática, para enfrentarem as consequências do divórcio. Desta forma, os traumas decorrentes das mudanças na família são reduzidos e as relações familiares são mantidas e preservadas.

Contudo, apesar das consequências positivas das oficinas de parentalidade na mediação extrajudicial, pois o processo reflexivo proporcionado colabora na elaboração de um acordo, existe uma baixa adesão, ocasionando o cancelamento de várias oficinas marcadas durante o semestre²⁹. Como medida de solução à pouca adesão das oficinas de pais de filhos, uma proposta de solução é condicionar a participação no projeto à sentença, determinando que o magistrado só poderá proferir a sentença se no processo ficar comprovado que as partes compareceram à oficina. Os termos da proposta abrangem os processos familiares que envolvam um menor, tais como as ações de divórcio, guarda, visitas ou convivência familiar e alimentos.

Em relação ao encaminhamento, propõe-se que este deveria ocorrer no momento da audiência inicial de mediação e conciliação obrigatória, disposta no artigo 334 do Código de Processo Civil. O ideal seria que um psicólogo do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) realizasse essa triagem. O psicólogo, mediante avaliação, determinaria o grau de necessidade da participação da família nas oficinas de parentalidade.

Caso não fosse detectado conflito interpessoal ou falha no diálogo entre os pais, as partes seriam guiadas a realizarem a Oficina de Pais e Mães online, disponibilizadas gratuitamente no site do Conselho Nacional de Justiça e juntado aos autos, antes da sentença, o certificado do curso. Entretanto, quando o psicólogo identificar conflitos de relacionamento, que

²⁹ Considerações acerca da participação como ouvinte nas Oficinas de Pais e Filhos do Escritório de Práticas Jurídicas – EPJ da Universidade de Fortaleza (Unifor).

envolvem abandono afetivo, alienação parental, traição, mágoas e outros sentimentos do mesmo gênero, que possam dificultar a relação continuada na formação conjunta dos filhos, deveria encaminhar as partes e as crianças ou adolescentes às oficinas de pais e filhos.

O objetivo da proposta é transpor o obstáculo da eficiência das oficinas de parentalidade, para fins de tratamento adequado dos conflitos de família, aliado ao procedimento de mediação, que teria maior probabilidade de acordo, em face da ambiência criada pela oficina, considerando que estas representam verdadeiro mecanismo para enfrentar esse novo contexto familiar, pós ruptura de forma empática e pacífica.

Considerações finais

Quando um casal decide pela dissolução da sociedade conjugal, via de regra, inicia-se um período de crise no ambiente familiar, visto que é um momento de sofrimento entre os indivíduos que estão envolvidos por laços, bens e, na sua maioria, por filhos crianças e adolescentes, o que, conseqüentemente, culmina para o surgimento de conflitos.

Nos processos que envolvem vínculos afetivos, a sentença judicial raramente alcança a satisfação das partes envolvidas, em razão do conflito real não ser solucionado, nem os sentimentos revelados, nem as necessidades atendidas. Portanto, os meios de autocomposição, especialmente a mediação, em razão do protagonismo das partes envolvidas e do resgate do diálogo, apresenta-se como um mecanismo adequado para a solução dos conflitos de relação continuada.

A mediação incentiva, portanto, as partes a observarem positivamente o conflito, como fato natural, estimula a comunicação e facilita a manutenção das relações continuadas. Portanto, torna-se o meio mais adequado à resolução dos conflitos familiares.

Diante do expressivo aumento dos divórcios litigiosos e seu impacto na vida das crianças e dos adolescentes, verifica-se que esses

conflitos carecem de instrumentos que ajudem os envolvidos a lidarem com o sofrimento que uma ruptura conjugal pode causar na estrutura familiar, especialmente nos filhos, crianças e adolescentes.

Neste contexto, foi instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, o projeto das oficinas de parentalidade, as quais apresentam-se como um projeto que integra a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário, pois oferecem orientações e reflexões acerca da ruptura conjugal. Conseqüentemente, as partes comparecem à audiência mais propícias a mediar, construindo soluções sustentáveis para seus conflitos e tendendo a aceitar e cumprir o que fora acordado.

Apesar de os resultados apontarem uma avaliação positiva das oficinas de pais e filhos, ainda existe pouca adesão ao projeto. A proposta para solucionar esse problema é tornar a oficina obrigatória nos conflitos que envolvam filhos menores de idade, condicionando a sua participação à sentença.

Desse modo, o juiz só poderia proferir decisão terminativa, se as partes comprovarem o seu comparecimento na oficina, por meio de juntada do certificado aos autos. Propõe-se que caberia ao psicólogo do CEJSUC analisar as peculiaridades de cada caso e realizar o encaminhamento para a oficina online ou para a presencial, conforme o estágio do conflito. Outra possibilidade, seria o próprio juiz, quando do saneamento do processo, já fazer o referido encaminhamento de ofício. À vista disso, as relações familiares futuras estariam melhores administradas, evitando a reincidência dos processos judiciais e, sobretudo, efetivando o direito fundamental da proteção integral e o direito à convivência familiar da criança e do adolescente.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/interjustic/a/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 50, de 08 de maio de 2014**. Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>. Acesso em: 6 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cursos abertos**. Oficina de pais e mães online. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/cursos-abertos?view=course&id=18>. Acesso em: 6 maio 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: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91735/codigo-processo-civil-lei-5869-73>. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 28 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

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: 20 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre 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/113140.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Realizada primeira Oficina de Pais e Filhos na Extensão do Cejusc na Unifor**, 2017. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/oficina-no-forum->

[clovis-bevilaqua-ajuda-pais-e-filhos-a-superar-conflitos/](#). Acesso em: 5 maio 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: Podivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, 2011. p. 9-15.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Projeto pioneiro no país é lançado em São Paulo**, 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4992/Projeto+pioneiro+no+pa%C3%ADs+lan%C3%A7ado+em+S%C3%A3o+Paulo>.

Acesso em: 08 maio 2019.

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. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 10 maio 2019.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o

princípio da consensualidade. **Scientia Juris**, Londrina, v. 22, n. 22, jul. 2018. p. 85 - 114. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29893/23924>. Acesso em: 5 maio 2019.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

Os povos indígenas da Amazônia Legal enquanto deslocados ambientais por ocasião dos abalos ao meio ambiente

Indigenous people of Legal Amazon as humans displaced on the occasion of environmental impacts

Nikaelly Lopes de Freitas*

Marcos de Sousa França*

Rainier Gomes Pereira da Silva*

Resumo: O presente estudo demonstra de que forma os desastres ambientais provocados pela violação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado impactam a vida dos povos indígenas da Amazônia Legal, levando-os a se deslocarem de modo forçado em razão de eventos diversos, decorrentes de ações antrópicas, como queimadas, poluição e perseguições. A partir de revisão bibliográfica, aborda-se a temática, principalmente, no que concerne a relação que possuem os indígenas com os territórios que ocupam e sua migração forçada decorrente da degradação amazônica, buscando no direito internacional e na legislação pátria fundamentos para a caracterização do *status* de refugiado ambiental e quais suas repercussões práticas na vida dos povos afetados.

* 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.

* Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pesquisador da linha de Direito Internacional e Meio Ambiente e Diretor-Geral do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). Membro do Corpo Editorial da Revista Dizer. Voluntário do Instituto Verdeliz. E-mail: marcosfranca1612@gmail.com.

* Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pesquisador da linha de Direito Internacional e Meio Ambiente e Diretor de Comunicação do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). E-mail: gomesrainier@gmail.com.

Palavras-chaves: Deslocados ambientais. Degradação ambiental. Povos indígenas. Cultura indigenista. Instituto Internacional do Refúgio.

Abstract: The present study demonstrates how environmental disasters caused by the violation of the right to an ecologically balanced environment impact the lives of indigenous peoples of the Legal Amazon, causing them to forcibly displace due to various events such as burning, pollution and persecution. From a bibliographic review, the theme is approached, mainly, regarding the relationship that the indigenous people have with the territories they occupy and their forced migration resulting from the Amazonian degradation, seeking in international law and in the homeland legislation the foundations for the characterization of the environmental refugee status and what are its practical repercussions on the lives of the affected peoples.

Keywords: Environmental Displaced. Environmental Degradation. Indigenous People. Indigenous Culture. International Refuge Institute.

Introdução

Durante o ano de 2016, cerca de 5 milhões de pessoas foram obrigadas a se deslocar dentro de seus próprios países, em razão de conflitos armados e violência generalizada, totalizando 40,3 milhões de pessoas deslocadas no mundo¹. No entanto, tais conflitos não são as únicas razões pelas quais as pessoas são forçadas a deixarem seus lares.

Os desastres ambientais também são motivos frequentes pelos quais as pessoas se deslocam de modo forçado, ainda que dentro de seus próprios territórios e, por vezes, esse deslocamento pode ser provocado pela violação do direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado o que resta ocasionando variadas emergências ambientais.

Por esta razão, somente em 2018, 17,5 milhões de pessoas tiveram que sair de seus lares em razão de ocorrências ambientais que

¹ NAÇÕES UNIDAS. **Deslocados Internos**. Disponível em: <https://acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/>. Acesso em: 20 out. 2019.

afetaram a sua qualidade de vida negativamente², tornando impossível a permanência em seus locais de origem ou habitação. Nesse cenário, o *Intergovernmental Panel on Climate Change* estima que, até 2050, poderão ser contados até 150 milhões de deslocados ambientais e até 200 milhões ao final do século XXI³.

Nesse sentido, o presente artigo trata, de forma breve, da relação entre os povos indígenas da Amazônia Legal e seus deslocamentos em razão do desmatamento, poluição e queimadas enquanto resultados da crescente degradação do meio ambiente.

Assim, a pergunta central que move tal pesquisa é: os povos amazônicos estão protegidos no cenário internacional pelo instituto do Refúgio Ambiental? Para isso, é fundamental responder outras perguntas preliminares como: Qual a relação desses povos com o meio ambiente que habitam? Esses povos encontram-se protegidos nos cenários nacionais e internacionais? Quais as consequências de caracteriza-los como Refugiados Ambientais?

Dessa forma, o presente trabalho possui como objetivos analisar os fluxos migratórios na Amazônia Legal Brasileira decorrentes de eventos ambientais, como as queimadas. Na presente pesquisa, ressalta-se aprioristicamente o estudo das migrações decorrentes da degradação ambiental na Amazônia Legal Brasileira, buscando no direito internacional e na legislação pátria fundamentos para a caracterização do *status* de refugiado ambiental.

Para isso, utiliza-se a técnica de pesquisa de investigação indireta, por via exploratória. Analisa-se documentos de organização importantes na área, nas searas nacional e internacional. Do mesmo

² NAÇÕES UNIDAS. **Crise climática deve alterar padrões de assentamentos e migrações diz autoridades da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/crise-climatica-deve-alterar-padroes-de-assentamentos-e-migracoes-diz-autoridade-da-onu/>. Acesso em: 20 out. 2019.

³ WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações: Por que mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde estão indo? **Revista Sur Conectas**. Dossiê Sobre Migração e Direitos Humanos, v. 13, n. 13, 2016. p. 22.

modo, desenvolve-se a pesquisa bibliográfica a partir de autores especializados na área, além de uma análise na legislação brasileira no tocante ao refúgio e nas Convenções internacionais que tratam do tema.

Nesse sentido, busca-se primeiramente demonstrar de que forma se dá a relação dos povos amazônicos com os seus territórios e como estes estão ameaçados por eventos ambientais diversos. Posteriormente, analisa-se a proteção dos povos amazônicos, no viés constitucional e no âmbito internacional, para em seguida tratar de sua caracterização como refugiados ambientais e quais consequências advêm desse enquadramento.

1 Os povos indígenas da Amazônia brasileira e sua relação com o meio ambiente

A região amazônica, além de ser uma das maiores florestas tropicais, possuidora da maior biodiversidade do planeta, é também espaço de manifestação de grande e complexa sócio diversidade. Os povos que nela habitam, constituíram suas próprias redes linguísticas, sociais e sistemas econômicos⁴.

Estima-se que, por volta de 1500, o Brasil possuísse entre três e cinco milhões de pessoas na Amazônia brasileira. Todavia, a perspectiva histórica desses povos foi interrompida, de forma brusca e violenta, em virtude da guerra, da escravidão e de doenças diversas, provocando na Amazônia uma das maiores catástrofes demográficas da história, além de um etnocídio sem precedentes. Dessa forma, entre 1750 e 1850, os índios passaram de maioria a minoria na Amazônia⁵.

⁴ HECK, Egon; LOEBENS, Francisco; CARVALHO, Priscila D. Amazônia indígena: conquistas e desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19 n. 53, 2005. p. 237. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142005000100015&script=sci_arttext. Acesso em: 12. out. 2019.

⁵ HECK, Egon; LOEBENS, Francisco; CARVALHO, Priscila D. Amazônia indígena: conquistas e desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19 n. 53, 2005. p. 239.

Segundo o último censo, realizado, no ano de 2010⁶, somente o estado do Amazonas possuía 168.700 (cento e sessenta e oito mil e setecentas) pessoas autodeclaradas indígenas e, em Roraima, 11% (onze por cento) do total populacional se autodeclarava dessa forma⁷. Isso porque, cerca de 55% (cinquenta e cinco por cento) da população indígena está localizada na denominada Amazônia Legal, região constituída pelos Estados do Amazonas, Acre, Amapá, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Mato Grosso e parte do Estado do Maranhão.

Detendo a maior parte de terras reconhecidamente indígenas, essa região é a que mais abriga os índios. Isso porque, com a vinda dos povos não-indígenas e a expansão da produção comercial, esses povos tiveram que deixar suas terras e aldeias, sendo obrigados a se deslocarem cada vez mais para dentro das terras demarcadas pelo SPI (Serviço de Proteção ao Índio), deixando-os confinados em 8 reservas indígenas e afastando-se, cada vez mais, do litoral brasileiro⁸.

Esse processo se estende às relações entre o Estado e os povos indígenas, na contemporaneidade, de forma que a tomada de territórios tradicionalmente ocupados, fazem com que etnias inteiras se desloquem de suas aldeias, em detrimento do bem comum e da proteção à minoria, causando, muitas vezes, sofrimento mental e o desenvolvimento de traços psicossociais⁹ naqueles que são compelidos a recriar os seus

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142005000100015&script=sci_arttext. Acesso em: 12. out. 2019.

⁶ FUNAI. **Distribuição Espacial da População Indígena**. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/encarte_censo_indigena_02%20B.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

⁷ IBGE. **Censo 2010: Características Gerais dos Indígenas – Resultados do Universo**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm. Acesso em: 12 out. 2019.

⁸ FUNAI. **Modalidades de Terras Indígenas**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 12 out. 2019.

⁹ A maior taxa de mortes por suicídio entre os anos de 2011 a 2015 é entre os indígenas, com 15,2 casos a cada 100 mil habitantes, principalmente, entre crianças e jovens de 10 a 19 anos (44,8%). Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2>

microuniversos em locais em que não há o devido respeito às culturas indígenas que, sobretudo, defendem o respeito e o uso equilibrado dos recursos naturais.

Sobre isso, Informe sobre a situação dos direitos humanos no Brasil para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, datado ainda em 1997, apresentou dificuldades encontradas com a invasão de territórios indígenas por pessoas não indígenas, causando não só conflitos diretos e batalhas jurídicas, mas também o adoecimento psicológico. Entre o povo Guarani-Kaiowah, no Mato Grosso do Sul, a taxa de suicídio se encontrava 30 vezes maior que o restante da população brasileira¹⁰.

O modelo econômico adotado exige a conquista de novos espaços, principalmente, aqueles que cuja função não atende aos seus objetivos, como é o caso das terras indígenas. Por essa razão, a relação entre as populações tradicionais e a natureza, não é bem compreendida por boa parte da sociedade, que, por possuir outros níveis de apreensão e lógica, entendem a preservação como entrave ao desenvolvimento econômico e à obtenção de lucro a partir da apropriação dos recursos naturais de forma predatória¹¹.

Tendo isso em vista, é imprescindível destacar que, a maior parte de áreas protegidas no planeta estão demarcadas como terras indígenas. Esses povos ancestrais mantêm uma relação simbiótica com o meio ambiente, principalmente por cultua-lo, contribuindo fortemente para a sua preservação, garantindo um maior equilíbrio entre estas sociedades e o meio em que habitam. Em todo o mundo, as florestas são o lar de mais de 350

018-09/centros-de-assistencia-de-saude-mental-ajudam-na-prevencao-ao-suicidio. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹⁰ CIDH. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil de 29 de septiembre de 1997**. Disponível em: http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/indic_e.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

¹¹ SILVA, Adnilson de Almeida; SIQUEIRA, Rosângela Bujokas; ALMEIDA, Laura Dominic G. S. Reflexões acerca dos Direitos dos Indígenas e das Populações Tradicionais da Amazônia. **Revista GeoAmazônia**, Belém, v. 2, n. 4, p. 56-78, 2014.

(trezentos e cinquenta) milhões de pessoas. As funções das florestas são diversas, mas, principalmente, referem-se à manutenção de chuvas e o equilíbrio ambiental com a captura de carbono na atmosfera e a liberação de oxigênio, assim, os povos indígenas que preservam esses ambientes prestam um excelente serviço para todo o planeta¹².

Nesse sentido, por meio da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹³, foi reconhecido que “o respeito aos conhecimentos, às culturas e às práticas tradicionais indígenas contribui para o desenvolvimento sustentável e equitativo e para a gestão adequada do meio ambiente”, justamente, porque a força de sua tradição e desenvolvimento não está posta de modo a devastar o ecossistema do qual dependem.

Assim, ao tratar do direito dos povos indígenas à preservação de seus territórios sagrados, em especial, da relação entre o povo *Munduruku* e o Salto Sete Quedas na Amazônia brasileira, Brissac explica que, a mobilização destes povos por sua preservação demonstra “a densidade e relevância da dimensão espiritual em sua vida e como tal dimensão está entretida em sua vivência de seu território e ancestralidade”, formas de expressão da experiência identitária desta etnia¹⁴.

¹² FUNAI. **O papel das terras indígenas**: programa de capacitação em proteção territorial. Brasília: FUNAI, 2015. p. 91. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Servicos_Ambientais_o_papel_das_TIs.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

¹³ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁴ BRISSAC, Sérgio Gôes Telles. **O Direito dos Povos Indígenas à Preservação de seus Lugares Sagrados**: o Povo Munduruku e o Salto Sete Quedas, na Amazônia Brasileira. 2019. 91f. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará para obtenção do título de Bacharel em Direito. p. 74.

Em julgados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁵ reiterou que “*la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica*”, entendendo ainda que, o uso e o gozo da terra e de seus recursos são componentes integrais da sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas e, portanto, da efetiva realização de seus direitos humanos.

No mesmo sentido, a Corte reconheceu que esta relação entre povos e territórios é fundamental não só para a subsistência material, mas para a integridade cultural destes, estando além de uma questão de posse ou produção, por se materializar também como parte de sua cosmovisão, religiosidade, crenças e identidade cultural.

Desse modo, as terras e os territórios ocupados pelos povos indígenas são fundamentais não só para a sua subsistência e moradia, mas estão intrinsecamente relacionados ao seu próprio modo de viver, existir e resistir ao longo dos séculos. Destes, desaguam também a necessidade de proteção tutelada no cenário nacional e internacional por documentos que afirmam os direitos desses povos de se autodeterminar e de continuarem existindo em seus territórios ancestrais.

2 A proteção internacional das tribos indígenas e sua tutela constitucional

Para a Organização dos Estados Americanos, os povos indígenas “são grupos culturalmente diferenciados que mantem um vínculo ancestral com as terras onde vivem ou desejam viver”¹⁶. Por esta razão, necessitam

¹⁵ CIDH. Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua. **Sentença de Mérito, Reparação e Custas, de 31 de agosto de 2001**, §149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

¹⁶ OEA. **Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/topicos/povos_indigenas.asp. Acesso em: 29 out. 2019. p. 18.

da proteção de seus direitos enquanto coletividade que possui especial ligação com o território que ocupam e com o ecossistema de que necessitam e fazem parte pelas nações em que estes territórios estão situados.

Este último fato, no entanto, não deve ser encarado como óbice para autodeterminação destes povos e de sua liberdade de desenvolvimento. Ao tratar da ideia de plurinacionalidade e modos de organizar-se enquanto coletividade, Boaventura de Sousa Santos expõe o conceito de nação desenvolvido pelos povos indígenas:

El primer concepto de nación es el concepto liberal que hace referencia a la coincidencia entre nación y Estado; es decir, nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado y por eso en los Estados modernos se llaman Estados-nación: una nación, un Estado. Pero hay otro concepto, un concepto comunitario no liberal de nación, que no conlleva consigo necesariamente el Estado. Por ejemplo, sabemos cómo los alemanes fueron, en Europa central y oriental, durante mucho tiempo, una nación sin Estado porque su identidad era una identidad cultural y no una identidad política. Aquí podemos ver que esta segunda tradición de nación, la tradición comunitaria, es la tradición que los pueblos indígenas han desarrollado. Este concepto de nación conlleva un concepto de autodeterminación, pero no de independencia. Nunca los pueblos indígenas han reivindicado, ni en el mismo Canadá, la independencia¹⁷.

Nesse sentido, ainda diante de sua autodeterminação política, advém o dever aos Estados, em que se localizam os territórios e povos indígenas, de promoverem e protegerem seus direitos, entendendo que a incolumidade de seu direito à vida, à integridade física, à liberdade e à segurança pessoal devem ser garantidos sem a assimilação forçada ou destruição de sua cultura.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvencción del Estado y El Estado Pluracional**. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007.

Sendo assim, em 2007, foi aprovada, no âmbito das Nações Unidas, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, pela qual se afirmou a igualdade dos povos, bem como o direito de todos a serem diferentes e serem respeitados como tais, contribuindo na diversidade e riquezas das civilizações e culturas, que juntas constituem o patrimônio comum da humanidade¹⁸.

O mesmo documento trata do direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, sem serem submetidos a atos de violência, como a remoção forçada de um grupo, devendo os Estados estabelecerem mecanismos de prevenção e ressarcimento de atos de transferência forçada da população que tenha por objetivo ou consequência a violação e o menosprezo de qualquer de seus direitos.

Ainda, buscou-se reconhecer expressamente o direito à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos, tendo em vista que o respeito dos conhecimentos, culturas e práticas tradicionais contribuem para o desenvolvimento sustentável e equitativo do meio ambiente.

No mesmo sentido, a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas aprovada, em 2016, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, previu o direito de viver em “harmonia com a natureza e a um meio ambiente sadio, seguro e sustentável” tutelando-se não só o direito à vida, mas à espiritualidade, à cosmovisão e ao bem-estar coletivo¹⁹.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVO S_INDIGENAS.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

¹⁹ OEA – Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/document s/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

Além desses dispositivos, há também, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁰, que afirma os mesmos preceitos de autodeterminação e do direito à terra que possuem os povos indígenas, e que entrou em vigor em julho de 2003, um ano após sua ratificação.

No âmbito da Constituição Federal Brasileira de 1988, há um capítulo dedicado à proteção dos povos indígenas (Art. 231), meio pelo qual reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como do seu direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam²¹, tutelando-se também os direitos indígenas por meio de Estatuto próprio²².

Por meio da proteção constitucional, o legislador constituinte preocupou-se em proteger o “indigenato”, o qual foi instituído na remota época do Brasil colônia, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680²³. Segundo o indigenato, fica diferenciado o direito do indígena à terra do direito de posse, pois o índio tem direito sobre uma terra a qual pertence originariamente, tradicionalmente, ou seja, a terra constitui seu hábitat e seu *modus operandi*, e, portanto, não se enquadra no sistema de direito de posse e de propriedade previsto no Código Civil para qualquer cidadão²⁴.

²⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**: Genebra, Suíça, em 7 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

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: 26 fev. 2020.

²² BRASIL. **Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Estabelece o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

²³BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1641.

²⁴ BARBOSA, Marco Antônio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **História em Reflexão**, Dourados, v. 1, n. 2, p. 5, 2007. Disponível em: <http://ois.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/384/292>. Acesso em: 29 out. 2019.

Além disso, a Constituição dispõe que a legislação sobre as populações indígenas é de competência privativa da União, segundo o artigo 22, inciso XIV. Com isso, percebe-se a intenção do legislador constituinte em afastar definitivamente a ideia de que a população indígena é uma realidade transitória – ou seja, que com o tempo iria perdendo a sua identidade à medida que fosse se integrando, o que geraria uma diferenciação entre os indígenas em índio integrado e não integrado. Dessa forma, fica evidente que não há mais a ideia de integração entre o que se acreditava ser “raça” indígena e a “raça” miscigenada brasileira, e fica, portanto, salvos os direitos dos povos indígenas²⁵.

De outro modo, em submissão conjunta para o terceiro ciclo de avaliação do Brasil, no Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, verificou-se que o Brasil não adotou medidas efetivas para alterar a situação de violação latente de direitos dos indígenas, ao contrário, constatou-se um alarmante quadro de retrocessos, não só através do avanço da destruição ilegal do meio ambiente, mas também das alterações normativas com relação a exploração de recursos que afetam suas terras²⁶.

Nesse contexto e em razão da violação do direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru durante o processo de delimitação, demarcação e desintrusão permeado pela insegurança, ameaça, expulsão de aproximadamente 500 membros e morte de vários líderes da comunidade, o Brasil foi sentenciado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁷.

²⁵ BARBOSA, Marco Antônio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **História em Reflexão**, Dourados, v. 1, n. 2, p. 8, 2007. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/384/292>. Acesso em: 29 out. 2019.

²⁶ NAÇÕES UNIDAS. **A situação dos direitos humanos dos povos indígenas no Brasil**. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/10/RPU-Coaliz%C3%A3o-Direitos-Ind%C3%ADgenas.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

²⁷ CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 02. ago. 2019.

Todavia, ainda com a condenação perante a Corte Internacional, os povos indígenas continuam a sofrer com a violência que se materializa de diversas formas, seja pela invasão de suas terras²⁸, morte de seus líderes²⁹ e integrantes de suas tribos ou pela destruição de seus territórios e a degradação do meio ambiente.

Tais fatos, demonstram que somente a tutela legal das terras e direitos indígenas, por si só não são suficientes para sua preservação, fazendo com que, cada vez mais, essa população proteste em defesa de seus territórios e do meio ambiente³⁰, demonstrando sua insatisfação com a política predatória dos recursos naturais responsável pela autorização de mais de 500 pedidos de desmatamento logo após a assinatura do termo de compromisso pela sua preservação³¹.

Em ato contínuo, a Organização não-governamental Instituto do Homem e Meio ambiente da Amazônia constatou que, no mês de janeiro de 2020, o desmatamento e a degradação da Amazônia subiram, 74% e 1.382%, respectivamente³². Em descompasso, o então Presidente do

²⁸ RODRIGUES, Alex. **Índios denunciam invasão de garimpeiros e morte de cacique no Amapá**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/indios-denunciam-invasao-de-garimpeiros-e-morte-de-cacique-no-amapa>.

Acesso em: 30. out. 2019.

²⁹ PONTES, Felipe. Agência Brasil. **Líder Indígena Guajajara é Assassinado em Confronto no Maranhão**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/lider-indigena-guajajara-e-assassinado-em-confronto-no-maranhao>. Acesso em: 04 nov. 2019.

³⁰ ZAREMBA, Julia. **Em 1ª marcha, mulheres indígenas protestam contra governo Bolsonaro**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/em-la-marcha-mulheres-indigenas-protestam-contr-governo-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 04 nov. 2019.

³¹ LOBASZ, João Guilherme. **Governo autoriza mais de 500 pedidos de desmatamento horas após assinar compromisso pela preservação**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/08/03/governo-autoriza-mais-de-500-pedidos-de-desmatamento-horas-apos-assinar-compromisso-pela-preservacao.ghtml>. Acesso em: 04. jul. 2019.

³² IMAZON. **Sistema de Alerta de Desmatamento – Janeiro de 2020**. Disponível em: <https://k6f2r3a6.stackpathcdn.com/wp-content/uploads/2020/02/SAD-Janeiro-2020.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

país, defende a possibilidade do desenvolvimento de atividades de mineração e de agropecuária, em territórios indígenas, por meio da regulamentação da atividade, já prevista no artigo 231 da Constituição brasileira, liberação que possui potencial de atingir quase um terço das reservas do país, as quais abrigam além de um rico ecossistema, mais de 60 substâncias lucrativas, como o ouro³³.

3 O deslocamento forçado dos povos indígenas em razão da degradação ambiental por meio de queimadas na floresta amazônica

Embora a queima de biomassa florestal seja proibida pelo Código Florestal, art. 38³⁴, com a exceção de alguns casos, pode-se afirmar que “a “queimada” é uma prática recorrente e antiga e se caracteriza como um dos principais contribuintes mundiais para a emissão de gases de efeito estufa”³⁵, afetando, sobretudo, a saúde das pessoas e equilíbrio ecossistêmico.

Dessa forma, desde 1999, a *World Health Organization*³⁶ destaca a importância do combate aos incêndios florestais para a consecução um ambiente saudável, tendo em vista, que o acúmulo dos materiais particulados

³³ GALHARDO, Ricardo; GIRARDI, Giovana. **Mineração pode atingir 13 das áreas indígenas do país**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/mineracao-pode-atingir-13-das-areas-indigenas-do-pais.70002954990>. Acesso em: 12 nov. 2019.

³⁴ BRASIL. **Lei 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

³⁵ GONÇALVES, Karen dos Santos; CASTRO, Hermano Albuquerque; HACON, Sandra de Souza. As queimadas na região amazônica e o adoecimento respiratório. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1523-132, 2012. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232012000600016&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 04 jul. 2019.

³⁶ WHO – World Health Organization. **Health Guidelines for Vegetation fire events**. Disponível em: <http://gfmco.online/wp-content/uploads/WHO-Guidelines-Vegetation-Fire-Events-1999.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

gerados pelas queimadas pode causar inúmeros problemas de saúde, inclusive, a morte de milhares de pessoas anualmente.

Assim, “os incêndios florestais e o uso do fogo em sistemas agrícolas afetam o equilíbrio dos ecossistemas, a saúde humana, e consequentemente, o planeta³⁷. No mês de agosto de 2019, o Brasil tornou-se manchete nos jornais do mundo todo³⁸, a Agência Espacial Americana alertou para o maior número de queimadas grandes e persistentes na Amazônia brasileira, desde o ano de 2010, relacionadas, principalmente, ao desmatamento³⁹.

A repercussão aumentou quando, no 15º dia de queimadas, a fumaça oriunda da Amazônia chegou a cidades do sul e sudeste, fazendo com que o fenômeno causado por fatores climáticos e o acúmulo dos materiais particulados, comum em estados do Norte⁴⁰ e do Centro-Oeste do Brasil⁴¹.

Dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais demonstraram que o número de queimadas cresceu 82% (oitenta e dois por cento), em relação ao ano de 2018, devido ao desmatamento e a ações

³⁷ GONÇALVES, Karen dos Santos; CASTRO, Hermano Albuquerque de; HACON, Sandra de Souza. As queimadas na região amazônica e o adoecimento respiratório. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1523-132, 2012. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232012000600016&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 04 jul. 2019.

³⁸ KAISER, Anna. Jean. **Exterminator of the future: Brazil's Bolsonaro denounced for environmental assault**. 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2019/may/09/jair-bolsonaro-brazil-amazon-rainforest-environment?fbclid=IwAR0N_XrWmGtIYHfOz05p2Ti0XZlJWE9RkAloB363-Gr-hAj-7lvZOwunA98. Acesso em: 30 out. 2019.

³⁹ NASA – EARTH OBSERVATORY. **Uptick in Amazon Fire Activity in 2019**. 2019. Disponível em: <https://earthobservatory.nasa.gov/images/145498/uptick-in-amazon-fire-activity-in-2019>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴⁰ NASCIMENTO, Aline. **No Acre, poluição do ar está quase três vezes acima do permitido, diz pesquisador**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/ac/acre/noticia/2019/08/21/no-acre-poluicao-do-ar-esta-quase-que-tres-vezes-acima-do-permitido-diz-pesquisador.ghtml>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁴¹ LEMOS, Vinícius. **Brasil “invisível” sofre há anos com céu escuro e chuva preta**. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49434487?fbclid=IwAR1MYmCSRvDDDIJqOitecehkOdv8zUSeOIecC_RKItXODy00OAXC9vpYu7Y. Acesso em: 30 out. 2019.

humanas, destacando-se o número de Terras Indígenas que estão sendo vitimizadas, sendo 36 (trinta e seis) até o presente momento⁴², causando com isso, também, a retirada forçada dos povos.

Como exposto, há muitas décadas os índios da Amazônia têm se deslocado de forma compulsória pelo solo brasileiro e demais países das Américas, de modo que ainda que, por vezes, permaneçam sob a tutela do mesmo ordenamento jurídico, são obrigados a refazerem suas vidas em territórios diferentes e, na maioria das vezes, hostis ao seu modo de viver e de se relacionar com a terra e o meio ambiente.

Esse deslocamento forçado, não se dá somente de forma direta e por meio da força física⁴³. A perseguição aos povos indígenas se confunde com a perseguição à própria terra, a sua exploração e ao desequilíbrio do ecossistema, fazendo com que a sobrevivência não só da fauna e da flora seja afetada, mas também dos povos que ali estão e se recusam a “vendê-la” ou “abandoná-la”.

São modos de fazer com que a população indígena se desloque de um território almejado, envenenar suas águas, destruir seus modos de sobrevivência, trazer-lhes doenças ou tornar seu solo improdutivo, os transformando em “imigrantes” em seu próprio país. Isto é, os povos originários tornam-se “refugiados ambientais” cuja sobrevivência em suas aldeias se torna impossibilitada temporária ou permanentemente.

Nesse sentido, torna-se imprescindível uma análise da proteção ao refugiado e do possível enquadramento desses povos como refugiados ambientais.

⁴² INPE – INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. **Situação Atual**. 2019. Disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-actual/>. Acesso em: 01 nov. 2019.

⁴³ BETIM, Felipe. **Assassinato de liderança Wajãpi expõe acirramento da violência na floresta sob Bolsonaro**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/28/politica/1564324247_225765.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

4 O Instituto do Refúgio segundo o Direito Internacional

O estabelecimento de um Direito Internacional está intimamente ligado ao surgimento dos Direitos dos Refugiados, o qual só se estabeleceu com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, órgão máximo dentro da Organização das Nações Unidas - ONU, no que se refere à proteção dos Refugiados⁴⁴.

Por sua vez, o Refúgio foi disciplinado pela primeira vez com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no entanto, tal convenção trouxe uma grave restrição ao instituto do refúgio quando impôs um limite temporal, até 1951, o que se entende pela leitura do texto artigo primeiro da Convenção é que a situação de Refúgio, além de ser gerada por um grave temor, era necessário estar ligado diretamente aos conflitos que acabaram de se encerrar, principalmente, a Segunda Guerra Mundial⁴⁵.

Assim, o Direito dos Refugiados surge após a percepção de que o horror da Grande Guerra levou milhares de pessoas a saírem de seus países em busca de segurança. A Convenção de 1951, também conhecida como Convenção de Genebra consolidou, no Direito Internacional, vários instrumentos jurídicos, bem como entendimentos na área. Um exemplo é a afirmação do princípio *non-refoulement* (não devolução), no

⁴⁴ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; FRANCO, Rafael Aguiar Nogueira e. Direito internacional dos refugiados e refugiados ambientais: uma breve análise da evolução dos direitos humano. **REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 3, n. 2, 2016. p. 202. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/download/7730/pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

qual o país que recebeu o refugiado não pode devolvê-lo a seu país, tendo em vista a situação de grave temor que motivou a sua saída⁴⁶.

Cabe destacar que tal conceito foi ampliado com o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A partir desse momento histórico, tal conceito passa a vigorar perante qualquer pessoa do mundo que se desloca do seu país de origem, em virtude de grave temor, conforme disposto no artigo primeiro do Protocolo⁴⁷.

Além da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, pode-se destacar alguns documentos regionais que buscam incluir perspectivas locais ao conceito de refugiado, buscando uma adequação as realidades regionais.

Nesse sentido, é importante destacar a Declaração de Cartagena (América Latina) a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos (Convenção da Organização da Unidade Africana - OUA), além da legislação brasileira referente ao Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997).

A Declaração de Cartagena de 1984, na América Latina, traz em sua cláusula terceira a ampliação do conceito de Refugiados:

As pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou

⁴⁶ MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, 2012. p. 47. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/1885/pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967. Acesso em: 28 out. 2019.

outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública⁴⁸ (grifo nosso).

Já a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos da OUA, de 1974, também traz um acréscimo ao conceito disciplinado pela Convenção de 1951, quando aponta em seu artigo primeiro:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a **acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual** para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade⁴⁹. (grifo nosso)

Por fim, o Estatuto dos Refugiados, Lei nº 9.474/1997, traz também uma variação em relação à Convenção de 1951, adequando a Declaração de Cartagena, quando em seu artigo primeira, traz a caracterização de refugiado, além das originais, para as pessoas que “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país⁵⁰”.

Nesse sentido, nota-se uma real ampliação do conceito de refugiado em todo o mundo e a adequação das realidades regionais e locais, com isso, é preciso entender melhor a noção de Refugiado

⁴⁸ ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadm/in/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

⁴⁹ OUA. **Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos**. 1974. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2couaapr.html. Acesso em: 28 out. 2019.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

Ambiental na tentativa de analisar se os mesmos estão protegidos pelo Instituto do Refúgio do Direito Internacional e do direito brasileiro.

4.1 O Enquadramento do Refúgio Ambiental no Direito dos Refugiados

Refugiado ambiental foi uma expressão inicialmente utilizada por Lester Brown, ainda nos anos 70, e que ganhou notoriedade por meio do relatório *Environmental Refugees* de Essam El-Hinnawi⁵¹, professor do Instituto Ambiental e de Recursos Naturais do Cairo, em um relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), datado de 1985, que conceituou:

“...refugiados ambientais são definidos como aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, em razão de uma acentuada perturbação ambiental (natural e/ou ocasionada pelas pessoas) que prejudicou sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida⁵²”.

No entanto, a situação dos migrantes climáticos ou deslocados ambientais⁵³ não se encontra expressamente elencada entre aqueles motivos pelos quais se dá a concessão de refúgio nos termos da Convenção de 1951. Enquanto um refugiado “comum” se desloca em

⁵¹ LEAL, Cesar Barros. Breves notas sobre os refugiados ambientais e seu desafio na contemporaneidade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado; LEAL, César Barros. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 79.

⁵² HINNAWI, Essam El, 1985 *apud* CLARO, Carolina de Abreu Batista. O Conceito de “Refugiado Ambiental”. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Refugiados Ambientais**. Universidade Federal de Roraima. Boa Vista: UFRR, 2018. p. 71.

⁵³ Deslocados ambientais (*environmental displaced person*), são aqueles que permanecem dentro de seu país, sem cruzar a fronteira internacional. LEAL, Cesar Barros. Breves notas sobre os refugiados ambientais e seu desafio na contemporaneidade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado; LEAL, César Barros. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 82.

razão de um fundado temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas⁵⁴, os deslocados ambientais deixam seus locais de origem ou residência habitual em razão de intempéries climáticas e ambientais, como conceituado por Essam El-Hinnawi anteriormente.

Dessa forma, os refugiados ambientais não se enquadram nas categorias tradicionais existentes para refugiados em sua acepção convencional, de modo que, nas palavras de Leal: “a situação do refugiado ambiental é um problema ambiental, mas também jurídico⁵⁵”.

Este vazio normativo resta por agravar a problemática humanitária, tendo em vista não estarem contemplados explicitamente seja na perspectiva ambiental, dos Direitos Humanos, ou mesmo em relação a aparato jurídico específico sobre os refugiados⁵⁶. Para Black, esta falta de definição concreta faz com que se percam informações que correlacionem a deterioração ambiental como causadora dos fluxos migratórios e de diversas crises humanitárias⁵⁷. Briancini e Andrade defendem:

Juridicamente, portanto, essa categoria inexistente dentro do Direito Internacional. E, sem reconhecimento jurídico, as vítimas das mudanças climáticas e ambientais não possuem amparo legal, para que recebam proteção e acolhimento internacional, quando ultrapassadas as fronteiras de seu país. Esse vazio jurídico dificulta a

⁵⁴ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

⁵⁵ LEAL, Cesar Barros. Breves notas sobre os refugiados ambientais e seu desafio na contemporaneidade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 91.

⁵⁶ RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. 150 f.

Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

⁵⁷ BLACK, Richard. Environmental refugees: myth or reality? **New Issues in Refugee Research**, University of Sussex, n. 34, 2001. p. 13.

proteção, a segurança e o acesso a determinados direitos, daqueles que se obrigam a migrar para outro país. A vida e a sobrevivência dos “refugiados ambientais” se tornam, cada vez mais, restritas ao bom senso e atenção dos governantes e suas políticas migratórias⁵⁸.

Na prática, a falta de norma regulamentadora expressa facilita a rejeição dos Estados à tutela dos deslocados ambientais. No Brasil, os haitianos que forçosamente deixaram seu país, em razão do catastrófico terremoto, não obtiveram o *status* de “refugiados ambientais”, sendo acolhidos por meio de Resoluções Normativas que os colocavam como “migrantes por razões humanitárias”. Em outras palavras, considerava-se a migração haitiana uma concessão e não um direito, subjugada às decisões administrativas de autoridades governamentais e, portanto, modificável a qualquer tempo⁵⁹. O que novamente nos remete à necessidade de elaboração de um documento no âmbito do direito internacional que proteja essas pessoas.

Para Wenden⁶⁰ se faz necessário a criação de um estatuto específico para os deslocados ambientais “no âmbito da ONU, que não seja a simples extensão da Convenção de Genebra, mas que os coloque sob a égide do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados”. Sabe-se que uma modificação da Carta Magna do Refugiado neste sentido poderia debilitá-la ou criar novas dificuldades

⁵⁸ BRIANCINI, Valkiria; ANDRADE, Michele Monte. A proteção dos refugiados ambientais sob o olhar dos direitos humanos, do princípio da dignidade da pessoa e do princípio da igualdade. In: COPATTI, Lívia Copelli; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi; BRIANCINI, Valkiria (org.). **Perspectivas Interdisciplinares do Direito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 68.

⁵⁹ SILVA, José Carlos Loureiro. Sem Teto, Sem Terra, Sem Nome e Sem Tutela: os deslocados ambientais internacionais. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Migrantes Forçad@s: conceitos e contextos**. Boa vista: UFRR, 2018. p. 250.

⁶⁰ WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações: Por que mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde estão indo? **Revista Sur Conectas**. Dossiê Sobre Migração e Direitos Humanos, v. 13, n. 13, 2016. p. 21.

para sua aplicação⁶¹. Todavia, a elaboração de um novo dispositivo com força vinculante demandaria além de tempo para a discussão, ações de ordem econômica, as quais, muitos países, recusariam executar, fragilizando ainda mais a urgente situação do crescente número de pessoas deslocadas e refugiadas ambientais que necessitam de proteção.

Assim, Pereira, ao trazer as concepções de hospitalidade e solidariedade internacionais como possíveis aportes jusfilosóficos que embasem a criação de uma hermenêutica do Direito Internacional compromissada com o ser humano e sua impositiva proteção, se opondo às engessadas limitações juspositivas existentes, expõe:

Como existem significativas limitações jurídicas a impedir ou a tornar inapropriada, do ponto de vista técnico-formal, a assistência humanitária a inúmeras pessoas e/ou grupos de pessoas via aplicação do instituto do refúgio, tornar-se necessário perquirir possibilidades protetivas outras à resolução desse dilema, inclusive a partir da construção de teses e argumentos assentados em uma visão filosófica, o que pode vir a permitir o encontro de respostas efetivas àqueles que urgem por acolhida. Do contrário, o DIR poderá se tornar parcialmente inócua e, em perspectiva *lege ferenda*, obsoleto frente aos desafios da agenda internacional, em especial frente às crises humanitárias migratórias que cotidianamente se intensificam e que, mais e mais, se intensificarão em um por vir próximo⁶².

Nesse sentido, Claro ressalta que as migrações decorrentes de questões ambientais podem decorrer das relações antropogênicas ou naturais:

⁶¹ LEAL, Cesar Barros. Breves notas sobre os refugiados ambientais e seu desafio na contemporaneidade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 83.

⁶² PEREIRA, Luciana Diniz Durães. Hospitalidade Solidária e Responsabilidade de Proteger: a humanização do Direito Internacional dos Refugiados aplicada aos “Refugiados Ambientais”. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: UFRR, 2019. p. 499.

Quanto às causas associadas a esses movimentos migratórios, elas podem ser: (i) antropogênicas, nas quais a intervenção humana no meio ambiente acaba por provocar sua própria migração; (ii) naturais, em que os eventos ambientais ocorrem sem a interferência humana no meio; e (iii) mistas, consideradas que ambas influenciam, concomitantemente e em graus diversos, a migração motivada por situações ambientais adversas que impedem ou dificultam a vida humana em determinado espaço geográfico⁶³.

Dessa forma, tendo em vista que a migração dos povos amazônicos decorre de queimadas ou da poluição, por exemplo, podem ser classificadas como decorrentes de ações antrópicas, ainda que possam, por vezes, ocorrer de modo natural ou misto. Isto é, uma queimada pode ter início doloso por ação do homem e se alastrar em razão de questões climáticas.

Ainda mais específicos são os deslocamentos dos povos indígenas tendo em vista que são forçosamente movidos por diversas razões que se confundem com as de um refugiado, como perseguições em razão de sua própria condição de indígena e pela sua forma de se relacionar com o ambiente, ou mesmo em razão de desastres ambientais naturais ou provocados como no caso da queima de seus territórios ou inviabilidade de sua sobrevivência em razão disso.

Outrossim, a carência de um mecanismo legal de proteção internacional desses migrantes coletivos faz com que não tenham a assistência necessária ao seu deslocamento e reassentamento, quando possível, implicando sofrimento diante das adversidades das consequências da perseguição não só ao seu povo, mas como ao meio ambiente saudável que está ligado diretamente às suas condições de vida.

Assim, embora atinjam de maneira mais acentuada as regiões mais pobres, as consequências advindas da degradação do meio ambiente

⁶³ CLARO, Carolina de Abreu Batista. O Conceito de “Refugiado Ambiental”. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: UFRR, 2018. p. 70.

têm caráter transfronteiriço. Em razão disso, reconhecendo a primordialidade da pessoa humana e de um meio ambiente equilibrado, devem os Estados firmarem acordos que busquem proteger e prevenir a coletividade dos desastres dos quais ninguém está imune.

De todo modo, as pessoas atingidas por fatores climáticos e eventos naturais provocados pelo desequilíbrio ecossistêmico devem encontrar no direito internacional do meio ambiente e direitos humanos internacionais o direito de buscar e encontrar refúgio para resguardar suas vidas por ser antes de mais nada, um direito humano, que deve ser protegido independente de sua conceituação legal e doutrinária.

Considerações finais

Pode-se compreender que, mesmo não estando expressamente disposto nas cartas internacionais que tratam do refúgio e refúgio ambiental, os deslocados ambientais podem ser enquadrados nesse conceito e a estes deve ser garantido os mesmos instrumentos de proteção daqueles. Mais fundamental ainda é o caso dos povos indígenas, pois, ao abandonarem suas terras, têm os seus direitos de autodeterminação, de preservação da sua cultura, da crença e do modo de vida, resguardados nos documentos já citados, tolhidos.

Mais importante que a garantia legal da concessão do *status* de refugiados aos povos indígenas deslocados involuntariamente, é a conservação de seus territórios e de seus aspectos culturais. A proteção do território amazônico é, dessa maneira, crucial para a proteção de direitos básicos dos povos indígenas, uma vez que o deslocamento forçado, já é, por si só, uma afronta a diversos de seus direitos.

A garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e políticas preventivas de desastres ambientais, aliadas ao respeito a sociodiversidade e autodeterminação dos povos, ainda é a melhor forma de evitar que mais pessoas sejam compelidas a deixarem seus locais de

origem ou habitação, pois não há como proteger a coletividade sem proteger o meio ambiente.

Nesse sentido, a ocupação do território por parte da população indígena é algo basilar para a existência e resistência cultural desses povos. A utilização do meio ambiente nele integrado é a mais perfeita forma de se garantir uma existência digna e, por isso, encontra-se resguardada por documentos internacionais e na própria legislação pátria. Com isso, é fundamental entender que, ao atentar contra o seu território e o meio ambiente que lhe garante a subsistência, atenta-se contra os direitos mais básicos desses povos, caracterizando como uma violação de Direitos Humanos e de sua autodeterminação.

Sob essa perspectiva, tendo em vista o caráter benéfico universal que tem a proteção do meio ambiente, bem como o caráter transfronteiriço dos danos a ele provocados, pode-se perceber que, além do acolhimento e proteção quando necessários aos povos indígenas forçadamente deslocados, deve-se exigir a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não só para conservação da cultura e subsistência indigenista, mas também, por ser este um direito caro à toda humanidade, sem o qual nenhum outro direito pode ser plenamente satisfeito.

Com isso, percebe-se a imprescindibilidade da tutela universal dos direitos dos refugiados ambientais, por meio de diplomas legais, que expressamente os confirmam maiores garantias de proteção, de modo que as pessoas atingidas por fatores climáticos e eventos naturais provocados pelo desequilíbrio ecossistêmico, forçosamente obrigadas a se deslocarem, possam encontrar, no direito internacional do meio ambiente e direitos humanos internacionais, o direito de buscar e encontrar refúgio para resguardar suas vidas, por ser este, antes de mais nada, um direito humano, que deve estar protegido independentemente de sua conceituação.

Referências

ACNUR. **Deslocados Internos**. Disponível em: <https://acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/>. Acesso em: 20 out. 2019.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos Internacionais/Declaracao de Cartagena.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf). Acesso em: 28 out. 2019.

BARBOSA, Marco Antônio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **História em Reflexão**, Dourados, v. 1, n. 2, 2007. p. 1- 14. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/384/292>. Acesso em: 29 out. 2019.

BETIM, Felipe. **Assassinato de liderança Wajãpi expõe acirramento da violência na floresta sob Bolsonaro**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/28/politica/1564324247_225765.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

BLACK, Richard. Environmental refugees: myth or reality? **New Issues in Refugee Research**, University of Sussex, n. 34, 2001.

BRASIL. **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 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973.** Estabelece o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9474.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRIANCINI, Valkiria; ANDRADE, Michele Monte. A proteção dos refugiados ambientais sob o olhar dos direitos humanos, do princípio da dignidade da pessoa e do princípio da igualdade. *In*: COPATTI, Livia Copelli; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi; BRIANCINI, Valkiria (org.). **Perspectivas Interdisciplinares do Direito.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 67-86.

BRISSAC, Sérgio Góes Telles. **O Direito dos Povos Indígenas à Preservação de seus Lugares Sagrados:** o Povo Munduruku e o Salto Sete Quedas, na Amazônia Brasileira. 2019. 91 f. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BOND, Leticia. **Centros de assistência de saúde mental ajudam na prevenção ao suicídio.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-09/centros-de-assistencia-de-saude-mental-ajudam-na-prevencao-ao-suicidio>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2018.

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil de 29 de septiembre de 1997**. Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/indice.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. **Sentença de Mérito, Reparação e Custas, de 31 de agosto de 2001**, §149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 02. ago. 2019.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O Conceito de “Refugiado Ambiental”. In: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Refugiados Ambientais**. Boa Vista: UFRR, 2018. p. 69-101.

FUNAI. **Distribuição Espacial da População Indígena**. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2013/img/12-Dez/encarte_censo_indigena_02%20B.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

FUNAI. **Modalidades de Terras Indígenas**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 12 out. 2019.

FUNAI. **O papel das terras indígenas**: programa de capacitação em proteção territorial. Brasília: FUNAI, p. 91, 2015. Disponível em: http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Servicos_Ambien_tais_o_papel_das_TIs.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

GALHARDO, Ricardo; GIRARDI, Giovana. **Mineração pode atingir 13 das áreas indígenas do país.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/mineracao-pode-atingir-13-das-areas-indigenas-do-pais.70002954990>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GONÇALVES, Karen dos Santos; CASTRO, Hermano Albuquerque; HACON, Sandra de Souza. As queimadas na região amazônica e o adoecimento respiratório. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 123 - 132, 2012. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232012000600016&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 04 jul. 2019.

HECK, Egon; LOEBENS, Francisco; CARVALHO, Priscila D. Amazônia indígena: conquistas e desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19 n. 53, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142005000100015&script=sci_arttext. Acesso em: 12 out. 2019.

IBGE. **Censo 2010: Características Gerais dos Indígenas – Resultados do Universo.** Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_caracteristicas_gerais_indigenas.shtm. Acesso em: 12 out. 2019.

IMAZON. **Sistema de Alerta de Desmatamento – Janeiro de 2020.** Disponível em: <https://k6f2r3a6.stackpathcdn.com/wpcontent/uploads/2020/02/SAD-Janeiro-2020.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

INPE – INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. **Situação Atual.** 2019. Disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual/>. Acesso em: 01 nov. 2019.

KAISER, Anna. Jean. **Exterminator of the future: Brazil's Bolsonaro denounced for environmental assault**. 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2019/may/09/jair-bolsonaro-brazilamazonrainforestenvironment?fbclid=IwAR0N_XrWmGtlYHfOz05p2Ti0XZljWE9RkAloB363-Gr-hAj-7lvZOWunA98. Acesso em: 30 out. 2019.

LEAL, Cesar Barros. Breves notas sobre os refugiados ambientais e seu desafio na contemporaneidade. *In*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 77-92.

LEMOS, Vinicius. **Brasil “invisível” sofre há anos com céu escuro e chuva preta**. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil49434487?fbclid=IwAR1MYmCSRvDDDIJqOitecehkOdv8zUSeOlecC_RKltXOdY0OOAXC9vpYu7Y. Acesso em: 30 out. 2019.

LOBASZ, João Guilherme. **Governo autoriza mais de 500 pedidos de desmatamento horas após assinar compromisso pela preservação**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/08/03/governo-autoriza-mais-de-500-pedidos-de-desmatamento-horas-apos-assinar-compromisso-pela-preservacao.ghtml>. Acesso em: 04. jul. 2019.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; FRANCO, Rafael Aguiar Nogueira e. Direito internacional dos refugiados e refugiados ambientais: uma breve análise da evolução dos direitos humano. **REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 3, n. 2, 2016, p. 202. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/download/7730/pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, 2012. p. 47. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/1885/pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

NASCIMENTO, Aline. **No Acre, poluição do ar está quase três vezes acima do permitido, diz pesquisador**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/ac/acre/noticia/2019/08/21/no-acre-poluicao-do-ar-esta-quase-que-tres-vezes-acima-do-permitido-diz-pesquisador.ghtml>. Acesso em: 29 out. 2019.

NASA – EARTH OBSERVATORY. **Uptick in Amazon Fire Activity in 2019**. 2019. Disponível em: <https://earthobservatory.nasa.gov/images/145498/uptick-in-amazon-fire-activity-in-2019>. Acesso em: 01 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Crise climática deve alterar padrões de assentamentos e migrações diz autoridades da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/crise-climatica-deve-alterar-padroes-de-assentamentos-e-migracoes-diz-autoridade-da-onu/>. Acesso em: 20 out. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **A situação dos direitos humanos dos povos indígenas no Brasil**. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/10/RPU-Coaliz%C3%A3o-Direitos-Ind%C3%ADgenas.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

NAÇÕES UNIDADES. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao das Nacoes Unidas sobre os Direitos dos Povos Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao%20das%20Nacoes%20Unidas%20sobre%20os%20Direitos%20dos%20Povos%20Indigenas.pdf). Acesso em: 31 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao relativa ao Estatuto dos Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao%20relativa%20ao%20Estatuto%20dos%20Refugiados.pdf). Acesso em: 28 out. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD Legal/Instrumentos Internacionais/Protocolo de 1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD Legal/Instrumentos Internacionais/Protocolo de 1967](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD%20Legal/Instrumentos%20Internacionais/Protocolo%20de%201967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD%20Legal/Instrumentos%20Internacionais/Protocolo%20de%201967). Acesso em: 28 out. 2019.

OEA. **Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/topicos/povos_indigenas.asp. Acesso em: 29 out. 2019.

OEA. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 29 out. 2019.

OIT. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**: Genebra, Suíça, em 7 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

OUA. **Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos**. 1974. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2couaapr.html. Acesso em: 28 out. 2019.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. Hospitalidade Solidária e Responsabilidade de Proteger: a humanização do Direito Internacional dos Refugiados aplicada aos “Refugiados Ambientais”. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Refugiados Ambientais**. Universidade Federal de Roraima. Boa Vista: UFRR, 2019. p. 495-533.

PONTES, Felipe. Agência Brasil. **Líder Indígena Guajajara é Assassinado em Confronto no Maranhão.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/lider-indigena-guajajara-e-assassinado-em-confronto-no-maranhao>. Acesso em: 04. nov. 2019.

PORTAL G1. **Dia vira “noite” em SP com frente fria e fumaça vinda de queimadas na região da Amazônia.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/19/dia-vira-noite-em-sao-paulo-com-chegada-de-frente-fria-nesta-segunda.ghtml>. Acesso em: 29 out. 2019.

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais:** em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. 150 f. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf. Acesso em: 22 maio 2020.

RODRIGUES, Alex. **Índios denunciam invasão de garimpeiros e morte de cacique no Amapá.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/indios-denunciam-invasao-de-garimpeiros-e-morte-de-cacique-no-amapa>. Acesso em: 30. out. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvencióndel Estado y El Estado Pluracional.** Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007.

SILVA, Adnilson de Almeida; SIQUEIRA, Rosângela Bujokas; ALMEIDA, Laura Dominic G. S. Reflexões acerca dos Direitos dos Indígenas e das Populações Tradicionais da Amazônia. **Revista GeoAmazônia**, Belém, v. 2, n. 4, 2014. p. 56-78.

SILVA, José Carlos Loureiro. Sem Teto, Sem Terra, Sem Nome e Sem Tutela: os deslocados ambientais internacionais. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra *et al* (org.). **Migrantes Forçad@s**: conceitos e contextos. Boa vista: UFRR, 2018. p. 249-272.

WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações: Por que mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde estão indo? **Revista Sur Conectas**. Dossiê Sobre Migração e Direitos Humanos, v. 13, n. 13, 2016. p. 17-28.

WHO – World Health Organization. **Health Guidelines for Vegetation fire events**. Disponível em: <http://gfmc.online/wp-content/uploads/WHO-Guidelines-Vegetation-Fire-Events-1999.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

ZAREMBA, Julia. **Em 1ª marcha, mulheres indígenas protestam contra governo Bolsonaro**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/em-1a-marcha-mulheres-indigenas-protestam-contr-governo-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 04 nov. 2019.

A cidadania no direito internacional e no processo de integração regional: os casos da União Europeia e do Mercosul

The citizenship in international law and in the regional integration process: the case of the European Union and Mercosur

Valeska Alves Araújo Silva*
Ana Paula Araújo de Holanda*

Resumo: A presente pesquisa analisa a Cidadania sob a égide do Direito Internacional, abordando e esclarecendo as distinções entre nacionalidade e cidadania, para que se possa transcorrer ao estudo acerca dos casos de naturalização ocorridos no Brasil. Elucidativamente, traz ponderações acerca do tratamento dado à cidadania na União Europeia, exibindo os grandes pontos de vínculo e convergência dos países que integram este Bloco Econômico e, por consequências, os reflexos no tema abordado. Comparativamente, analisa a criação do Mercosul, suas delimitações e propósitos, de forma a contemplar uma unidade efetiva e funcional, dando aos cidadãos de seus países a cidadania una e comunitária. Conclui-se pela existência de similaridades e discrepâncias acerca da cidadania posta no bloco europeu para o bloco engendrado na América do Sul; outrossim, verifica-se que a cidadania integrativa não obsta a existência de laços entre o cidadão e o Estado.

Palavras-chave: Cidadania. Nacionalidade. Direito europeu. União Europeia. Mercosul.

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

* Doutora em Direito - Universidad Rovira i Virgili (2017). Professora de Direito pela Universidade de Fortaleza – disciplina de Direitos Humanos. Mestre em Direito UFC. Especialista em Direito Público- UFSC. Presidente da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica - Ceará. Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do Ceará. Presidente da Comissão de Práticas Colaborativas da OAB-CE. Advogada. E-mail: apaholanda@hotmail.com.

Abstract: The present research analyses Citizenship under the aegis of International Law, addressing and clarifying the distinctions between nationality and citizenship, so that one can proceed to study the cases of naturalization occurred in Brazil. It brings considerations about the treatment of citizenship in the European Union, displaying the points of connection and convergence of the countries that make up this economic bloc and, consequently, the reflexes on the topic addressed. Comparatively, it analyses the creation of Mercosur, its delimitations and purposes, in order to contemplate an effective and functional unity, giving to the citizens of its countries the citizenship one and communitarian. It concludes by the existence of similarities and discrepancies about the citizenship put in the European bloc for the block engendered in South America; also, it is verified that the integrative citizenship does not prevent the existence of bonds between the citizen and the State.

Keywords: Citizenship. Nationality. European Law. European Union. Mercosur.

Introdução

O estudo do presente assunto tem se tornado, cada vez mais, objeto de extensa investigação pela doutrina, visto que merece uma análise diferenciada e que leve em consideração seus diferentes perfis. É, todavia, oportuno examinar o caráter interdisciplinar da instituição da cidadania, a fim de examiná-la sob os mais variados aspectos em que ela se encontra inserida, para que seja possível compreender sua atualidade e sua contínua evolução.

Se muitos poucos estudos são dedicados às peculiaridades do processo de integração do Mercosul, menos ainda, ou até mesmo inexistentes, são aqueles que comparam a futura cidadania do Mercosul com a da União Europeia. Tanto a pesquisa realizada na área latino-americana quanto a europeia, muitas vezes, negligenciaram um tópico que merece ser objetivo de análise profunda.

O presente artigo é organizado pelo método dedutivo de pensamento, a partir de sua natureza qualitativa e por meio de técnica documental e bibliográfica através da análise de livros, legislações, ensaios virtuais e outros artigos científicos. Para isso, foi apartado em tópicos com o intuito de conseguir transparecer um raciocínio lógico. Primeiramente, o tema da cidadania no direito internacional foi abordado para que, posteriormente, o referido tema fosse explanado de forma mais específica.

1 Cidadania no direito internacional

O termo cidadania teve como parâmetro a ideia de Estado e, *a priori*, as inquirições no que diz respeito à nacionalidade são de competência interna de cada país. O presente princípio, comumente bem abraçado pela comunidade internacional, foi definido pela Convenção de Haia, a qual dispõe sobre as normas internacionais no que diz respeito a cidadania, de 1930¹.

Todavia, na sociedade contemporânea, a cidadania não é mais importante com base em local de nascimento ou filiação como um cidadão: no cenário recente, por conseguinte, a cidadania surge através de uma espécie de novo visual, mais legítima no princípio da universalidade dos direitos humanos que por sua conexão com o Estado de origem.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito internacional e, em especial, os direitos básicos do indivíduo, a fim de abalizar o poder soberano dos Estados na presente esfera, acabam por influir a identificação daqueles que serão apontados como nacionais. Com isso, a cidadania da União Europeia, bem como os futuros cidadãos do Mercosul, é propensa de recepcionar de forma indireta as interferências de suas obrigações sob o direito internacional relacionados aos meios de alocação e de perda de cidadania internacional, visto que esse é um pré-

¹ BOLL, Alfred Michael. **Multiple Nationality and International Law**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 63.

requisito para a propriedade em operações regionais, como será exposto no presente trabalho.

1.1 Diferença entre Cidadania e Nacionalidade

A análise dos termos e conceitos de cidadania e nacionalidade é importante ao passo que nem todos os sistemas nacionais são similares e, em diversos destes, os referidos termos são, regularmente, utilizados de forma alternada. Isso acontece pelo fato de derivar do idioma em que as regras são elaboradas, bem como a definição desenvolvida pelos doutrinadores e, ainda, pelo sistema legal em que se põe o intérprete. Ademais, em diversos idiomas, o uso comum da terminologia não é congruente com o seu uso no direito internacional².

À frente de tal circunstância, alguns doutrinadores supõem que, em muitos Estados, a diferença entre as definições tende a desaparecer³. Em termos de direito internacional, todavia, as duas categorias são, ainda, amplamente divergentes. Com isso, qualquer consonância de termos por leis nacionais não deve ser interpretada em semelhante a nível internacional. Para Holanda⁴:

O ensino jurídico deve corresponder às demandas sociais, políticas e econômicas, em constante mutação, propugnando pela ética e qualidade do ensino, a partir de um processo pedagógico criterioso e humanista. Efetivar este paradigma significa formar juristas, ou seja, operadores do direito, conhecedores da dogmática jurídica, porém envolvidos com a realidade e política de sua região e país, transformando-os num cidadão competente. [...] O saber instituído priva a

² BOLL, Alfred Michael. **Multiple Nationality and International Law**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 58.

³ BENLOLO CARABOT, Myriam. **Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne**. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 71.

⁴ HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Estágio em Direito: a contribuição do novo projeto pedagógico do curso de Direito da Unifor. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 1-7, fev. 2003. p. 1-2.

ciência jurídica de exercer a sua natureza precípua: problematizar o direito, que é constituído da pluralidade de falas. Impede também o rompimento com a textura promovida pela dominação do discurso oficial.

Para efeitos do direito internacional, a conexão jurídica efetiva entre o indivíduo e o Estado é apreciado com a mesma compreensão de nacionalidade. Todavia, a definição contemporânea de cidadania não deve ser exclusivamente usada para direcionar que um cidadão pertence àquele Estado, mas sim que é possuidor de direitos e obrigações os quais estão estipulados naquela legislação nacional.

1.2 Naturalização em massa: o caso do Brasil

Por naturalização, entende-se um estrangeiro que busca nacionalidade no país o qual está localizado, devendo, assim, preencher alguns requisitos impostos pela lei daquele lugar. A naturalização é um ato unilateral e discricionário praticado pelo Estado no exercício de sua soberania⁵. Entretanto, diferente se torna a ideia de “naturalização em massa”, visto que deve ser analisada em qual medida poderá ser constituído um abuso do poder dos Estado sobre a cidadania à luz da ordem internacional.

Efetivamente, várias legislações nacionais do século XIX estabeleceram, de forma unilateral, a naturalização forçada de estrangeiros⁶. Usando como exemplo, no dia 14 de dezembro de 1889, no Brasil, o Decreto de nº 58-A⁷ estabeleceu “A Grande Naturalização”

⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (parte geral)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 146.

⁶ DONNER, Ruth. **The Regulation of Nationality in International Law**. New York: Transnational Publishers, 1994. p. 127-128.

⁷ BRASIL. **Decreto de nº 58-A, de 14 de dezembro de 1889**. Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0058A.htm. Acesso em: 16 jan. 2021.

em resposta ao intenso movimento migratório europeu. O referido Decreto, o qual alterou a legislação nacional acerca da naturalização, segue a Proclamação da República que, em 15 de novembro de 1889, retirou a monarquia constitucional parlamentar e introduziu a forma republicana federal⁸.

Através do Decreto em questão, o legislador à época tinha como objetivo regular duas situações distintas: por um lado, a dos estrangeiros que já residiam no país na data da Proclamação da República; por outro, dos indivíduos que mais tarde iriam estabelecer ali sua residência há, pelo menos, dois anos. A nova legislação acerca da naturalização de estrangeiros residentes impôs, todavia, a cidadania brasileira a todas as pessoas enquadradas em um desses casos, permitindo a quem não quisesse aceitar essa atribuição forçada de cidadania, a possibilidade de expressar uma declaração contrária à autoridade competente no prazo de seis meses a partir da data de publicação do decreto⁹.

No Brasil, é importante ressaltar que a Constituição Monarquista de 1824 já adotava a política de naturalização tácita unicamente para os nascidos em Portugal. Ao invés disso, a primeira Constituição Republicana de 1891 absorveu a disciplina do Decreto de nº 58-A de 1889 e estendeu a eficácia dessa escolha política para todos os estrangeiros. Com isso, se observa que, a naturalização, mantendo a presença do indivíduo como elemento vinculante em determinados momentos políticos importantes para o Estado, está prevista nas duas primeiras Constituições brasileiras. Esse fato evidencia uma concepção de integração histórica e social, em que a presença do indivíduo no território nacional durante alguns momentos históricos caracterizados

⁸ BOURBOUSSON, Edouard. **Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde**. Paris: Acad. diplomatique internationale, 1931. p. 41-42.

⁹ BOURBOUSSON, Edouard. **Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde**. Paris: Acad. diplomatique internationale, 1931. p. 41-42.

por eventos muito particulares significa que este se torna parte ou, pelo menos, um testemunho da história do país¹⁰.

Na prática, a “Grande Naturalização” não tinha outro intuito além de naturalizar imediatamente e definitivamente o grande patrimônio humano estrangeiro que, ao longo das décadas, se implantou nas cidades brasileiras e, inclusive, nas regiões rurais, transformando-os em sujeitos cidadãos e dependentes de uma nova ordem legal estatal¹¹. Nesse sentido, críticos internacionais se manifestaram, principalmente nas nações diretamente afetadas pela política de naturalização brasileira, como Áustria, Itália, Portugal, Estados Unidos, Espanha e Inglaterra¹².

Com isso, em outras palavras, esses modos de atribuição de cidadania através da naturalização coletiva eram considerados inadmissíveis pelos demais Estados, bem como incompatíveis com o direito internacional, mesmo que de acordo com as decisões dos tribunais internacionais. Em termos gerais, posteriormente todas as normas dessa natureza foram declaradas nulas e sem validade no âmbito internacional.

1.3 As restrições impostas pelos tratados internacionais

Entendida como uma restrição jurídico-política entre um indivíduo e uma entidade estatal, a cidadania constitui um pressuposto do surgimento de uma série de situações jurídicas subjetivas no âmbito de cada um desses sistemas, ligados principalmente ao direito interno. Todavia, não se pode olvidar que a cidadania é também o pré-requisito

¹⁰ RI, Luciene Dal. A construção da cidadania no Brasil: entre Império e Primeira República. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 1, p.7-36, jan. 2010. p. 19.

¹¹ RI JUNIOR, Arno Dal. El tratamiento jurídico del extranjero en brasil: de la “gran naturalización” de la primera república a la seguridad nacional en el estado nuevo (1889-1945). *In*: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo. **Law in motion**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. p. 107-144. p. 132.

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional**: a synthese dos princípios e a contribuição do Brazil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1910. p. 266.

para o funcionamento de instituições típicas do direito internacional e, de alguma forma, é objeto da disciplina do mesmo sistema legal¹³.

Os Estados, por sua vez, têm considerável liberdade reconhecida pelos tratados e confirmada pela jurisprudência na formulação de leis de cidadania. Entretanto, os próprios tratados identificaram certos limites para essa liberdade: as convenções adotadas nos últimos sessenta anos impõem restrições aos Estados, aos refugiados, à cidadania e à discriminação contra a mulher e a dupla cidadania. Todavia, a liberdade dos Estados ainda é muito extensa e o direito internacional ainda deixa diversas lacunas incertas no que diz respeito à instituição da cidadania¹⁴.

As limitações decorrentes do direito internacional convencional são explanadas no sentido de que, em termos de princípios, a aceitação de obrigações contratuais pelo Estado, mesmo em matéria as quais estão inseridas a sua competência inerente, não institui um prejuízo para o Estado. Verdadeiramente, em alguns casos, é o Estado que opta, por razões políticas ou inconveniências práticas, a não exercer seus poderes soberanos de maneira autônoma e a concordar com outras entidades sobre como implementar esses poderes¹⁵.

De fato, a partir do estudo do direito internacional como um todo, tem-se que as barreiras impostas aos Estados em termos de cidadania, geralmente, possuem obrigações negativas. Acerca desses princípios limitadores, a doutrina de outrora afirmou a proibição de constituir cidadania a um indivíduo que não possui um grande vínculo com o Estado, a proibição de naturalizar um indivíduo sem seu consentimento, a proibição de considerar os cidadãos como tendo

¹³ PANZERA, Antonio Filippo. **Limiti internazionali in materia di cittadinanza**. Napoli: Jovene, 1984. p. 8-9.

¹⁴ BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 69.

¹⁵ PANZERA, Antonio Filippo. **Limiti internazionali in materia di cittadinanza**. Napoli: Jovene, 1984. p. 49-50.

aqueles que possuem residência permanente nos territórios cedidos à soberania de outro Estado, com exceção do direito de opção que tenha sido acordado entre a nação cedente e a cessionária, bem como a proibição de atribuir a cidadania unicamente por serem residentes.

2 Cidadania da União Europeia

De forma efetiva, a cidadania europeia é concedida de forma automática a todos os cidadãos de um Estado-membro com base na sua legislação nacional. As duas cidadanias constituem duas formas paralelas de expressão do *status* de cidadão e dos direitos a ele associados. Trata-se, por conseguinte, de um novo tipo de cidadania, de uma cidadania comum, construída sobre o pano de fundo de cidadanias já existentes, em que os detentores compartilham um vínculo jurídico transnacional do qual deriva a proibição de qualquer discriminação com base na nacionalidade. Portanto, apresenta-se como uma instituição com características completamente originais e distanciadas do conceito tradicional de cidadania do Estado. Logo, seu significado final deve ser buscado nessa peculiaridade.

2.1 O avanço acerca da conceituação de cidadania da União Europeia no processo de integração

O processo de integração europeia como é conhecido, remonta o início dos anos 50 através da criação de três comunidades: Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA) de 1951, Comunidade Econômica Europeia (CEE) de 1957 e Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) também de 1957. A instituição da cidadania da União Europeia, por outro lado, só se realiza na década de 90, mais precisamente com o Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, o qual deu andamento ao objeto de melhoria em relação a integração

econômica, social e política, bem como a cooperação entre países membros da, até então, Comunidade Europeia.

Entretanto, a definição de cidadania europeia é entendida como cidadania comum, a qual é compartilhada entre vários Estados, bem como diz respeito a uma construção ideológica que surgiu mesmo antes da criação formal das Comunidades Europeias. Todavia, só mais tarde adquiriu formas mais definidas, desenvolvidas a partir das propostas individuais apresentadas pelos governos dos Estados-membros e da intervenção jurisprudencial. Esses fatores de desenvolvimento conduziram à formação de um consenso unânime acerca da sua definição e do conteúdo para sua efetiva introdução no direito da União Europeia no tratado de Maastricht.

Verdadeiramente, os embriões conceituais de uma cidadania comum podem ser encontrados já nos anos da Segunda Guerra Mundial, na construção, por Monnet¹⁶, de um projeto que tem como objetivo estabelecer uma união indissolúvel entre a França e a Inglaterra, determinando o gozo para os respectivos cidadãos, não só de todo o direito de cidadania, mas, inclusive, a compra de direitos de cidadania do Estado de residência¹⁷. Mesmo que essa seja uma proposta relacionada a somente dois países, as linhas gerais já sugerem os contornos da ideia de uma cidadania comum.

Mesmo que o projeto não tenha alcançado o resultado almejado, a natureza inovadora da proposta não pode ser negada. O método utilizado por Monnet consistia na estipulação árdua da ideia segundo a qual “nós

¹⁶ Considerado um dos grandes nomes consagrados do direito internacional, já durante a Primeira Grande Guerra trabalhou como comissário do governo francês em Londres, sendo posteriormente nomeado secretário-geral da Liga das Nações. Com o fim da Segunda Grande Guerra, ele assumiu um papel ativo na construção da integração europeia, se encontrando na base do Plano Schuman e no estabelecimento das Comunidades Europeias. Em 1976, recebeu o título de “Cidadão de Honra da Europa” pelo trabalho realizado em favor da integração.

¹⁷ MONNET, Jean. **Memórias**: A Construção da Unidade Européia. Brasília: Ed. UnB, 1986. p. 23.

não unimos estados, nós unimos homens”, reafirmando a necessidade de criar cidadãos europeus antes mesmo de criar a Europa¹⁸.

Após isso, somente em 1972, com a Cimeira Europeia de Paris, foi proposto o estabelecimento de um passaporte uniforme para todos os cidadãos da União Europeia. Com isso, foram estipuladas as bases para a criação de uma união de passaportes e para o reconhecimento de um núcleo de direitos especiais dos cidadãos dos Estados-membros¹⁹. Isso, possivelmente, simbolizava a realização de um dos grandes sonhos dos federalistas: a superação das fronteiras intracomunitárias e sua diminuição a linhas de demarcação administrativa ou cultural, bem como a criação de um espaço territorial único que, embora ainda sujeito a diferentes autoridades, permitia a todos os cidadãos europeus a mesma completa liberdade de circulação reservada aos cidadãos no seu próprio Estado²⁰.

Ao contrário do desejado pelos federalistas, entretanto, a padronização dos passaportes implementada em 1981 não implicava, pelo menos a curto prazo, tratamento igualitário aos cidadãos em geral. Foi estipulado um molde único de passaporte, emitido de acordo com os critérios de cada Estado e sem qualquer tratamento uniforme no que diz respeito a Estados terceiros em relação às condições de concessão de vistos de entrada ou de residência ou de acesso a uma atividade profissional no território da comunidade.

Por fim, o tema da cidadania assume maior relevância no início dos anos 90. Durante o conselho Europeu de Dublin, em 1990, ocorreu uma discussão acerca da importância de averiguar uma possível alteração no texto do Ato Único Europeu, a fim de reforçar a legitimidade

¹⁸ OLIVI, Bino. **L'Europe difficile**: histoire politique de l'intégration européenne. Paris: Saint- Amand. 2001. p. 41.

¹⁹ NASCIMBENE, Bruno; ROSSI DAL POZZO, Francesco. **Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea**. Milano: CEDAM, 2012. p. 1.

²⁰ SICA, Mario. **Verso la cittadinanza europea**. Firenze: Le Monnier, 1979. p. 40.

política e a eficiência da União²¹. Nessa ocasião, por sugestão da delegação espanhola, foi proposta a realização de uma cidadania europeia concebida por um estatuto pessoal inseparável da cidadania nacional. Posteriormente, duas conferências intergovernamentais foram convocadas em paralelo para levar a cabo uma continuação dos trabalhos acerca da criação de uma união econômica, monetária e política.

2.2 A relevância do Tratado de Maastricht e a redefinição da cidadania como elemento de conexão

Meados de 40 anos depois do nascimento da primeira Comunidade Europeia, precisamente em 7 de fevereiro de 1992, foi elaborado o texto que deu início ao Tratado de Maastricht, também afamado como Tratado da União Europeia, abrangendo algumas inovações importante acerca da estrutura da integração regional. Em relação às novidades trazidas pelo Tratado, a mais preocupante diz respeito a regulamentação da instituição da cidadania da UE-113, pois, de acordo com Lippolis²²: “as configurações iniciais das cidadanias da União eram mais ambiciosas do que as efetivamente alcançadas, mas o resultado não pode ser ignorado desde que o núcleo essencial foi incluído no Tratado”.

Considerando que se tratava de uma nova conceituação no cenário jurídico, era importante dar prosseguimento com uma nova política de comunicação e marketing para que, na esteira do mercado único, os cidadãos pudessem compreender o seu envolvimento direto na integração europeia como beneficiários em sua capacidade, como consumidores, turistas, estudantes, etc. De fato, “é um caso típico do que

²¹ MAGNETTE, Paul. European citizenship from Maastricht to Amsterdam: The narrow path of legitimation. **Journal Of European Integration**. Montreal, p. 37-69. dez. 1998. p. 38.

²² LIPPOLIS, Vincenzo. Cittadinanza, identità nazionale e prospettive di modifica alla legge n. 91 del 1992. **La Rivista della Libertà**, Roma, v. 1, n. 1, p. 125-152, dez. 2009. p. 18.

os cientistas políticos chamam de ‘modos de legitimação da produção’, que são os discursos governamentais”²³.

Após esse período inicial de adaptação à ideia de Cidadania da União Europeia, a integração tem experimentado, mais recentemente, uma nova mudança de perspectiva com a assinatura de 2007 do Tratado de Lisboa, um ato que, mantendo a essência do falho Tratado Constitucional, é formulado de uma maneira mais simplória do que aquela. Entre as alterações introduzidas, as que mais se referem à questão da cidadania dizem respeito a sua definição, a atribuição à Carta dos Direitos Fundamentais de Nice do mesmo valor jurídico que os Tratados e a prestação do direito de iniciativa dos cidadãos europeus.

Todavia, a realidade de hoje apresentada na União Europeia é totalmente diferente. Alguns princípios gerais do direito internacional deixaram de se adaptar às necessidades e particularidades do ordenamento jurídico comunitário. Mesmo o direito internacional privado, às vezes, parece inadequado em face de certas situações que surgem no nível supranacional, especialmente aquelas que envolvem a instituição da cidadania.

Verdadeiramente, a incidência, cada vez mais frequente, de casos de cidadania ou múltipla cidadania, tem intensificado o debate na doutrina e, precipuamente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Os conflitos jurídicos decorrem da presença de laços nacionais que ligam um indivíduo a dois ou mais estados levaram à reinterpretação e redefinição de normas e critérios do direito internacional público em comparação com o sistema regulador da União Europeia, em particular no que diz respeito à impossibilidade de aplicar o critério de cidadania efetiva ou ao fórum no contexto da União Europeia e a sua marginalização como critério de ligação, sobretudo nos regulamentos relativos à família e sucessão.

²³ MAGNETTE, Paul. European citizenship from Maastricht to Amsterdam: The narrow path of legitimation. **Journal Of European Integration**. Montreal, p. 37-69. dez. 1998. p. 41.

Soa como improvável não perceber que o percurso histórico da construção do conceito de cidadania da União Europeia diz respeito aos objetivos econômicos. Todavia, esse *status* tende, cada vez mais, a assumir uma forte conotação política e social, se introduzindo como uma ferramenta potencial para a posterior inserção dos indivíduos na esfera pública comunitária. Não obstante, as questões levantadas e a falta de conhecimento dos cidadãos acerca do seu estatuto fundamental em relação à União Europeia dificultam a plena realização de tais ideais.

3 Cidadania do Mercosul

O emblema do processo de integração regional da América Latina é o Mercosul. Historicamente jovem em comparação a outros fenômenos de integração, nasceu com o objetivo preciso de fortalecer a cooperação econômica entre os Estados-membros interessados em aumentar sua presença nos fóruns econômicos internacionais.

Contudo, a delimitação da integração somente no campo econômico logo se mostrou inadequada para assegurar tanto a qualidade de vida, quando a eliminação da discriminação e da exclusão social, daí a necessidade de ampliar a cooperação para além do campo estritamente econômico, determinando um desenvolvimento multidimensional da integração dos países latino-americanos, mediante a criação de um modelo que leve em conta, inclusive, as necessidades sociais dos povos que fazem parte do Mercosul. Parece oportuno, portanto, examinar as questões relativas às origens, bem como o seu desenvolvimento do processo de integração.

3.1 A contemporânea evolução institucional

Os objetivos da integração econômica dizem respeito, além do setor econômico, também às políticas que afetam diretamente a vida dos cidadãos. Merecem consideração, no entanto, os novos mecanismos de

participação, como a criação de Cúpulas Sociais, a criação do Instituto Social do Mercosul e do Instituto de Políticas Públicas sobre o Direitos Humanos, bem como do Parlamento do Mercosul, órgão representativo de interesse dos cidadãos dos Estados-membros, cuja instituição demonstra o desejo de criar um espaço comum de reflexão acerca do pluralismo e a diversidade da região, promotor da legitimidade democrática, da participação social, da representação política e da transparência no desenvolvimento do processo de integração e suas regras.

O período de renascimento do Mercosul apresenta várias inovações no setor social e da criação de novos mecanismos de participação da sociedade civil, tais como Cúpulas Sociais, importantes instrumentos para a conquista do espaço do Mercosul por organizações sociais. Essas cúpulas se tornaram um evento regular na agenda oficial do Mercosul, todavia, a realidade, hoje, é diferente e o setor dos trabalhadores no Fórum Consultivo Econômico e Social também contribuíram ativamente para a preparação das Cúpulas Sociais²⁴.

Em relação à evolução regulatória, a Declaração de Princípios do Mercosul de 2007 reúne as principais ideias dos principais acordos assinados no contexto do Mercosul durante as reuniões sociais de Ministros e Autoridades do Mercosul nos últimos anos. Entre esses, é importante mencionar, precipuamente, a importância de alcançar um bem-estar social através de um desenvolvimento econômico equilibrado e justo, juntamente com o intuito de adicionar o aspecto social no centro do debate acerca do processo de integração²⁵.

Para que sejam alcançados tais objetivos, todos os Estados-membros e associados assumiram o compromisso de criar um contexto

²⁴ BRASIL, Secretaria-geral da Presidência da República do. **Mercosul Social e Participativo: construindo o Mercosul dos povos com democracia e cidadania**. 2010, p. 14. Disponível em: https://issuu.com/secretariageralpr/docs/mercosul_volume2. Acesso em: 10 abr. 2019.

²⁵ BOLL, Alfred Michael. **Multiple Nationality and International Law**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 53.

de dignidade para a sociedade, no qual os diferentes programas que assistem milhares de cidadãos apoiem o sentido de uma prática institucional renovada concentrada na função primordial de integração social a ser implementada também através de ações de assistência pública e promoção social. Assumir que a dimensão social da integração equivale a reconhecer o indivíduo como cidadão portador de direitos civis, sociais, políticos, culturais e econômicos. Com isso, a dimensão social se configura como um espaço inclusivo que fortalece os direitos dos cidadãos e a democracia.

Em relação à assistência técnica, o Instituto Social do Mercosul, criado em 2007, se apresenta como uma ferramenta necessária para o processo de institucionalização da dimensão social. Na mesma linha, em 2009 foi criado o instituto de Políticas Públicas sobre os Direitos Humanos, que se tratava do resultado da necessidade de reforçar as instituições nacionais dedicadas ao desenvolvimento de políticas públicas nessa área. Com sede em Buenos Aires, o referido instituto foi projetado para complementar as iniciativas em favor do Estado de direito da região reforçada. Para isso, ele executa as funções de legislação de harmonização entre Estados-membros relativos à promoção e proteção dos Direitos Humanos²⁶.

No ano seguinte, foi criada a Unidade de Apoio à Participação Social como parte do Alto Representante-Geral do Mercosul. Esse órgão, entre outras funções, deve funcionar como um canal institucional de diálogo do Mercosul com a sociedade e os movimentos sociais, financiando a participação social em eventos e atividades do Mercosul,

²⁶ VAZQUEZ, Mariana. El Mercosur social: cambio político y nueva identidad para el proceso de integración regional en América del Sur. *In*: CAETANO, Gerardo. **Mercosur: 20 años**. Montevideo: Cefir, 2011. p. 328-302. p. 176.

bem como mantendo uma lista de organizações e movimentos sociais presentes nos Estados-membros²⁷.

Em 1991, o Estatuto da Comissão Parlamentar Conjunta previa a criação de um Parlamento e, nesse contexto histórico, a criação de um Parlamento atribuiu ao crescimento do relançamento do Mercosul uma importante força simbólica, estabelecendo na esfera regional a figura de uma estrutura representativa de sistemas políticos democráticos capazes de garantir, de alguma forma, a presença indireta da sociedade nas instituições através de seus representantes²⁸.

Ao apresentar todos os problemas de outrora até os dias atuais, bem como da falta de poderes legislativo reais, não se pode esquecer que o Parlamento Europeu trabalhou durante mais de trinta anos somente com funções consultivas. O Parlamento do Mercosul possui um grande potencial para desempenhar um papel importante como órgão de consulta e controle de assuntos relacionados ao processo de construção da integração, e cujo objetivo é a promoção da cidadania através da proteção de temas como saúde, educação e desenvolvimento social.

O conhecido debate sobre o suposto déficit democrático das organizações internacional e o papel dos parlamentares na busca de tal legitimidade persiste igualmente no Mercosul. Nesta toada, a construção de um Mercosul democrático passa necessariamente pelo envolvimento e participação dos cidadãos nos processos decisórios e no compromisso político responsável. Com a criação do Parlamento do Mercosul, o cidadão adquire o direito ao voto ativo e passivo nas eleições regionais supranacionais, na tentativa de proporcionar uma legitimidade democrática mais ampla à evolução da integração.

²⁷ VAZQUEZ, Mariana. El Mercosur social: cambio político y nueva identidad para el proceso de integración regional en América del Sur. In: CAETANO, Gerardo. **Mercosur: 20 años**. Montevideo: Cefir, 2011. p. 328-302. p. 176.

²⁸ MARIANO, Karina Pasquariello. A eleição parlamentar no Mercosul. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 54, n. 2, p. 85-98, jul. 2011. p. 149-150.

3.2 Uma nova perspectiva do Mercosul Social e o objetivo de estabelecer uma efetiva cidadania Mercosulina

Após mais de duas décadas de experiência de profunda crise e renascimento, o Mercosul, mais consciente de seus objetivos e de seu papel tanto na América Latina, quanto no cenário internacional, está caminhando para um novo empreendimento: a concretização de uma união efetiva entre os povos através do estabelecimento da cidadania do Mercosul. Falar em cidadania em um processo de integração regional implica a construção de um novo conceito de cidadania, já que não se trata mais de compreendê-lo somente no ponto de vista do formalismo jurídico liberal-individualista, próprio da tradição interna das Nações Unidas, mas de uma conceituação mais elástica, prática e coletiva²⁹.

Os esforços que visam a criação de uma democracia supranacional, e de uma cidadania comunitária são capazes de dar consistência às formas mais transparentes, participativas e solidárias de convivência local e regional. Com base na cooperação, no respeito às diversidades locais e na harmonização de interesses comuns, a cidadania comunitária reduz as diferenças, realiza a complementaridade e promove, com isso, o reconhecimento dos direitos humanos e a criação de outros direitos de participação, econômicos e sociais para a integração dos cidadãos latino-americanos do Mercosul.

Se a trajetória complicada de reconhecimento da dimensão social é levada em consideração, a ausência dessa perspectiva na fase da integração e as dificuldades já examinadas em relação à implementação dos recentes desenvolvimentos do quadro institucional e regulatório, não é surpreendente que o Mercosul apresente uma inadequação de regras que poderiam ser a base de uma cidadania comum para os indivíduos do Estados-membros e que é similar, de alguma forma, à europeia. Todavia,

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Integração e direito comunitário latino-americano. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Mercosul no cenário internacional: direito e sociedade**. Curitiba: Juruá, p. 43-54, 1998. p. 51-52.

nos últimos anos, ocorreram avanços significativos no sentido de reconhecer novos direitos para os cidadãos dos Estados-membros, tendo, principalmente, origem no direito derivatício do Mercosul.

Partindo dessa perspectiva, o debate em torno da instituição da cidadania é inevitável num processo de integração que, mesmo a longo prazo, mantém o intuito de tornar um mercado comum, de enfrentar novos desafios e repensar conceito tradicionalmente vinculados ao Estado. Os acordos de residência são relevantes na medida em que se entendem que a residência, um resultado direto da circulação do indivíduo, pode ser considerada um primeiro grau de pertença, e a cidadania, um passo subsequente. De fato, a partir da circulação e residência das pessoas, se torna impossível estabelecer direitos comuns significativos que têm como cidadãos futuros beneficiários os cidadãos de diversos países. Essa seria a base para um *status* legal da cidadania do Mercosul.

Desse modo, a existência de uma cidadania comum a uma pluralidade de indivíduos pertencentes a uma região geopolítica específica, unida por objetivos e interesses comuns e organizada em uma estrutura institucional internacional, é um ideal que ainda não faz parte da realidade exclusiva do processo de integração regional do Mercosul. Unir os povos em torno de uma dimensão social extrapola o aspecto puramente econômico se apresenta como um dos objetivos emergentes dos mais diversos países reunidos por meio da assinatura de um tratado de integração internacional. A história, os caminhos, a estrutura, os métodos, as dificuldades e os desafios podem, às vezes, ser enfrentados de forma diferente por cada organização regional, mas o que vale a pena, no final, é a utilidade que podemos extrair de uma análise no sentido positivo de várias experiências.

Considerações finais

A cidadania, tal como entendida no sentido indicado no presente trabalho, acrescentou, recentemente, novos fenômenos, como a

cidadania da União Europeia, concedida automaticamente a todos os cidadãos de um Estado-membro com base na sua legislação nacional. Considerando que a própria União Europeia representa uma novidade absoluta no atual cenário geopolítico e legal, a cidadania resultante mostra alguns aspectos que parecem decididamente originais e atípicos.

A partir da análise das características e efeitos da cidadania da União Europeia sobre o processo de integração regional, emerge a possibilidade de apreender nessa evolução, as bases para a introdução de uma cidadania comum do Mercosul, que será, certamente, o resultado de um percurso jurídico e uma experiência completamente peculiar, pelo que só poderá apresentar características diferentes da cidadania europeia, embora seja possível encontrar semelhanças e interesses. Se for considerado o alcance dos processos de integração regional, também se pode observar que a implementação de padrões internacionais afeta indiretamente a concessão de cidadania regional, na medida em que o gozo desse status depende da propriedade de um dos Estados-membros.

Com isso, tanto a cidadania da União Europeia, quanto a futura cidadania do Mercosul, podem ser indiretamente influenciadas pelas obrigações impostas pelo direito internacional, especialmente no que diz respeito aos métodos de atribuição e perda de cidadania nacional, uma vez que, finalmente, é o pré-requisito para a propriedade regional. Por fim, se considerada a influência do direito internacional nesse setor para fins de aplicabilidade da cidadania na esfera internacional, a exigência da efetiva conexão entre o cidadão e o Estado não parece impedir efeitos dessa cidadania na área regional de integração.

Referências

BENLOLO CARABOT, Myriam. **Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne**. Bruxelles: Bruylant, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional**: a synthese dos princípios e a contribuição do Brazil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1910.

BOLL, Alfred Michael. **Multiple Nationality and International Law**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

BOURBOUSSON, Edouard. **Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde**. Paris: Acad. diplomatique internationale, 1931.

BRASIL, Secretaria-geral da Presidência da República do. **Mercosul Social e Participativo**: construindo o Mercosul dos povos com democracia e cidadania. 2010. Disponível em: https://issuu.com/secretariageralpr/docs/mercosul_volume2. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto de nº 58-A, de 14 de dezembro de 1889**. Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0058A.htm. Acesso em: 16 jan. 2021.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (parte geral)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DONNER, Ruth. **The Regulation of Nationality in International Law**. New York: Transnational Publishers, 1994.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Estágio em Direito: a contribuição do novo projeto pedagógico do curso de Direito da Unifor. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 8, n. 8, fev. 2003. p. 1-7.

LIPPOLIS, Vincenzo. Cittadinanza, identità nazionale e prospettive di modifica alla legge n. 91 del 1992. **La Rivista della Libertà**, Roma, v. 1, n. 1, dez. 2009. p. 125-152.

MAGNETTE, Paul. European citizenship from Maastricht to Amsterdam: The narrow path of legitimation. **Journal of European Integration**. Montreal, dez. 1998. p. 37-69.

MARIANO, Karina Pasquariello. A eleição parlamentar no Mercosul. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 54, n. 2, jul. 2011. p. 85-98.

MONNET, Jean. **Memórias: A Construção da Unidade Européia**. Brasília: EdUnB, 1986.

NASCIMBENE, Bruno; ROSSI DAL POZZO, Francesco. **Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea**. Milano: CEDAM, 2012.

OLIVI, Bino. **L'Europe difficile: histoire politique de l'intégration européenne**. Paris: Saint- Amand, 2001.

PANZERA, Antonio Filippo. **Limiti internazionali in materia di cittadinanza**. Napoli: Jovene, 1984.

RI JUNIOR, Arno Dal. El tratamiento jurídico del extranjero en brasil: de la “gran naturalización” de la primera república a la seguridad nacional en el estado nuevo (1889-1945). *In*: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo. **Law in motion**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. p. 107-144.

RI, Luciene Dal. A construção da cidadania no Brasil: entre Império e Primeira República. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 1, jan. 2010. p. 7-36.

SICA, Mario. **Verso la cittadinanza europea**. Firenze: Le Monnier, 1979.

VAZQUEZ, Mariana. El Mercosur social: cambio político y nueva identidad para el proceso de integración regional en América del Sur. *In*: CAETANO, Gerardo. **Mercosur: 20 años**. Montevideo: Cefir, 2011. p. 328-302.

WOLKMER, Antonio Carlos. Integração e direito comunitário latino-americano. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Mercosul no cenário internacional: direito e sociedade**. Curitiba: Juruá, p. 43-54, 1998. p. 51-52.

O direito fundamental à saúde sendo efetivado por meio de políticas tributárias de caráter extrafiscal

The fundamental right to health being effective through extrafiscal tax policies

Clayton dos Santos Queiroz*

Valter Moura do Carmo*

Resumo: O Direito à Saúde deve ser oferecido ao cidadão na forma de uma prestação imediata e efetiva, devendo ser realizada por via de um serviço universal de saúde de forma gratuita, como preconiza o atual texto constitucional. O Estado tem a função constitucional de funcionar com competências vinculadas para o melhor andamento da prestação de serviços públicos, a fim de satisfazer as necessidades da sociedade, e essa é a principal e primária justificativa para instituir tributos, esse mecanismo é essencial para que as atividades sejam realizadas. O presente estudo tem o condão de esclarecer, pelo método dedutivo e explorativo, com o uso de referências bibliográficas, algumas competências ligadas ao exercício constitucional do direito à saúde e possibilidades ao seu favorecimento por meio de políticas tributárias em caráter extrafiscal. Conclui-se que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, quando da elaboração de leis tributárias, de caráter extrafiscal, não devem deixar de observar as consequências positivas ou negativas que podem ser ocasionadas para a saúde da população em razão do induzimento causado pela norma tributária, sob pena de sua invalidade.

* Procurador Jurídico Municipal. Secretário de Tributos e Fiscalização do Município de Mirassol/SP. Mestrando em Direito na Universidade de Marília –UNIMAR. Especialista em Direito Público pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina.

* Mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMAR.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direitos Sociais. Tributação. Extrafiscal.

Abstract: The Right to Health must be offered as an immediate and effective provision and it must be carried out through an universal health service free of charge as recommended by current constitutional text. The State has the constitutional function of acting with competencies linked to the best progress in the provision of public services in order to please the needs of society, since this is the main and primary justification to institute taxes, this is an important mechanism for the activities to be carried out. This study aims to clarify, through the deductive and explorative method with the use of bibliographic references, some competencies linked to the constitutional exercise of the right to health and possibilities for its favor through taxes policies in an extrafiscal nature. It is concluded that the Executive and Legislative Power, when drafting extrafiscal taxes laws, should not fail to observe the positive or negative consequences that may be caused to the health of the population due the inducement created by tax rule under penalty of its invalidity.

Keywords: Fundamental Law. Social Rights. Taxation. Extrafiscal.

Introdução

A utilização de políticas tributárias com gênese nos fundamentos da extrafiscalidade pode levantar questionamentos de muita relevância no Direito Tributário e na vida cotidiana da população.

O presente trabalho procurou demonstrar, por meio do método dedutivo e explorativo, com o uso de referências bibliográficas, que as políticas tributárias de caráter extrafiscal são fundamentais para efetivar o direito à saúde.

O uso dos mecanismos da extrafiscalidade pode controlar desdobramentos econômicos, hábitos de consumo, práticas de vivência em comunidade entre outras mudanças no cenário social, portanto, o viés da utilização de políticas tributárias em caráter extrafiscal se faz

necessário para efetivar valores constitucionais, e é nesse sentido que se torna possível observar a possibilidade da introdução dessa prática no âmbito do Direito à saúde.

Sob o ponto de vista ontológico, a presença de extrafiscalidade no cotidiano social provoca desde alterações na carga tributária a uma possível ocorrência de desestimular práticas recorrentes na sociedade.

O Estado pode inovar na forma de legislar, transformando fatos lícitos em ilícitos ou atuar na imposição de tributos extrafiscais em instâncias de coibição ou de regulação em diversos segmentos. É notável que instituir ou deixar de instituir tributo de caráter extrafiscal é uma forma de influenciar comportamentos sociais, mudar rotinas de consumo e sobretudo induzir agentes fomentadores da economia a adotarem práticas vinculadas à responsabilidade social, que muito possivelmente não adotariam sem uma implementação imperativa do Estado.

E é nesse sentido que o Estado dá efetivação a uma de suas funções constitucionais em fomentar as políticas tributárias de caráter extrafiscal afim de impulsionar a prestação mais eficiente dos Direitos sociais.

1 Direito fundamental à saúde como efetivado na Constituição Federal de 1988

Os Direitos Fundamentais explícitos e implícitos na Constituição Federal de 1988 foram colocados pelo legislador na forma legítima do Estado Democrático de Direito, é dever do Estado a manutenção e garantia ao indivíduo do acesso aos direitos a ele direcionados¹.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

Observa-se o conceito de direitos sociais nas palavras do nobre doutrinador Alexandre de Moraes²:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Para além, a Carta constitucional de 1988, no seu capítulo II, nomeado Direitos sociais de título Direitos e Garantias Fundamentais, evidencia a razão da importância das garantias ali elencadas, em virtude de sua necessidade e características³. O histórico das conquistas dos Direitos Sociais é advindo de movimentos marcantes pela busca e compreensão da importância da dignidade da pessoa humana.

Os Direitos e garantias direcionados ao indivíduo estão em quase todo o corpo do texto constitucional, é meritória a força que os direitos fundamentais exercem para o Estado democrático de Direito, tornando-os indispensáveis para o desenvolvimento de políticas públicas de finalidade a efetivar direitos sociais.

Esses direitos arrolados no texto constitucional de 1988 são caracterizados também como preceitos de ordem pública, desencadeando assim a sua inviolabilidade e devendo ser interpretados sempre à luz do princípio da aplicação imediata, sendo assim, o princípio da aplicação imediata não se resume apenas ao artigo 5º da Constituição Federal.

Destaca-se que cada direito social se coloca de forma diversa frente às demais categorias de prestação estatal. É na forma colocada no

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 195.

³ 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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

texto constitucional que as diferentes espécies de prestações que efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais, consequentemente sua vinculação com o legislador.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, é indispensável e elementar destacar o direito à vida, daqui se dá o ponto de partida aos demais direitos fundamentais do homem. Disso resulta que, em casos de enfermidades e necessidades relativas à saúde, o indivíduo tem direito e garantia ao acesso ao tratamento adequado independentemente de sua situação econômica.

Com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o Estado reconhece essa prerrogativa:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁴

Deixou mais claro ainda o legislador constituinte:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado⁵.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

Entretanto, a legislação atual deixou à escolha do indivíduo a liberdade de eleição da via em que opta por assistência à saúde, podendo essa ser privada ou não. Vejamos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização⁶.

O direito fundamental à vida é colocado como cláusula pétrea, deve ser direcionado de forma coletiva a quem esteja presente na ordem jurídica brasileira. Deriva de o Poder Legislativo brasileiro garantir a não violação dos bens jurídicos tutelados, assegurar-lhes a devida proteção, com o objetivo fim de evitar ameaça ou lesão aos indivíduos.

Como observa Sarlet⁷, é nos artigos 196 e seguintes que o direito à saúde encontrou sua maior concretização em nível normativo

⁶ 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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

constitucional. Não obstante, garantir ao indivíduo, na forma de recursos materiais, o modo de vida digna é o ponto de partida e chegada dos direitos sociais, partindo desse ponto sua ligação com os direitos à saúde, com o direito à vida e, ainda, com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este constitui fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse sentido, também assevera Hesse⁸ que é direito do cidadão:

[...] obter do Estado prestações positivas, as quais, pela importância que detém, ultrapassam o campo da discricionariedade administrativa para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental estabelecidas no próprio seio da Lei de Outubro, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do “status” de dignidade da pessoa humana.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - Incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 434.

- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho⁹.

É colocado ainda por Sarlet¹⁰ que os Tribunais, como órgãos do Estado, estão submetidos à Constituição, devendo respeitar os direitos fundamentais quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões. A administração pública deve se organizar de forma constante para a implantação de meios de estruturação que possibilitem que a melhoria da vida de sua população seja constante, como objetivo de fazer a manutenção dos direitos e garantias constitucionais, efetivando medidas para redução das desigualdades sociais visando ao bem comum do homem e à sua dignidade.

1.1 Vinculações sociais ao tributo

A origem remota do tributo perpassa pela história e, com a evolução racional do homem e a formação das sociedades, há estudos que afirmam que os primeiros relatos de tributação se deram de modo voluntário, na forma de presentes e ofertas a líderes e chefes. A instituição de arrecadação de tributos passou por várias reformulações ao longo da história das sociedades e adquiriu várias características a depender do território em que era arrecadado¹¹.

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/constitucao/constitucaoocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹ RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. *In:*

Uma das formas que o Estado possui para efetivamente cumprir com as metas e diretrizes de bem-estar social da população diante de todos os fundamentos do princípio da dignidade humana e dispositivos constitucionais está diretamente interligada aos fundamentos da função social dos tributos.

É preciso debater e efetivar posições no âmbito acadêmico acerca da função social do tributo e da justiça tributária que está a ela relacionada para se chegar efetivamente ao estudo da implementação das políticas públicas.

Por meio de contribuições acerca dessa temática pode-se, de forma peremptória, dizer que esse é o meio pelo qual a administração da coisa pública pode oferecer à sociedade a redução das desigualdades sociais e regionais, suscitando mecanismos próprios para o crescimento de certas localidades que se encontram deslocadas do desenvolvimento econômico-social, através de incentivos fiscais que possibilitem uma equiparação entre estes e aquelas, com o incentivo local ao empreendedorismo, criação de empregos, possibilidade de equiparação econômica aos grandes centros fazendo, assim, com que haja efetivamente o desenvolvimento nacional¹².

Podem ser colocados em uma relação harmoniosa a função social do tributo e os princípios constitucionais norteadores dos direitos fundamentais.

2 Políticas Tributárias Extrafiscais

As políticas públicas são pensadas e executadas de maneira entrelaçada com as mais diversas searas de conhecimento e o direito

RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008. p. 171-192.

¹² RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. *In*: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008. p. 171-192.

tributário é uma das fontes com que autoridades investidas dos poderes públicos se valem para a criação dessas políticas.

Desta forma, o Direito Tributário tem esse caráter instrumental e o uso da extrafiscalidade é uma das maneiras de se atingir as finalidades eleitas pela Constituição Federal.

Tudo somado, a finalidade extrafiscal tem como principal característica efetivar políticas públicas tributárias pensadas para estimular ou desestimular certos comportamentos por meio da atuação do Estado perante o patrimônio do contribuinte.

O objeto das políticas tributárias de caráter fiscal é a redistribuição da carga dos tributos, mas não ocorre nenhum tipo de comprometimento na arrecadação, já a política tributária de caráter extrafiscal, que é o foco do presente artigo, tem como escopo o fato de o legislador estimular ou desestimular determinados comportamentos de acordo com os interesses da sociedade, o que, por sua vez, pode refletir não apenas na arrecadação e na economia, mas, também, na saúde das pessoas de modo positivo ou negativo, conforme demonstraremos nos tópicos abaixo.

2.1 Conceituação de extrafiscalidade

Conceituar o que seria extrafiscalidade não é tarefa das mais fáceis, já que não temos uma definição do que seria. O mesmo ocorre com os instrumentos de viabilidade da extrafiscalidade, conforme opinam Pacobahyba e Mendonça¹³, sobre os incentivos fiscais como medidas do direito tributário ambiental para assegurar o desenvolvimento sustentável, e dos instrumentos tributários que podem

¹³ PACOBAHYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro; MENDONÇA, Maria Lirida Calou de Araújo e. A política nacional sobre mudança do clima e a concessão de incentivos fiscais: a extrafiscalidade promotora do meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 221-241.

ser utilizados a favor do meio ambiente, não existe uma definição legal do que seria os incentivos fiscais, de forma que as supracitadas autoras, seguindo as orientações do STF e do STJ, utilizam as expressões incentivos fiscais e benefícios fiscais como sinônimas.

Sem dúvidas, conforme discorrermos abaixo, os incentivos fiscais ou benefícios fiscais são manifestações da extrafiscalidade. Porém, já que não temos uma definição, qual seria a conceituação de extrafiscalidade?

Na seara das prerrogativas do Estado, partindo das normas indutoras tributárias, a extrafiscalidade pode de certo interferir de forma direta ou indireta na propriedade privada e nas relações socioeconômicas, com o fito em adequá-las aos interesses da sociedade, proporcionando meios de obtenção de justiça social igualitária.

Nos dizeres de Ataliba¹⁴:

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.

No mesmo sentido, sustenta Ricardo Lobo Torres¹⁵ quando diz:

A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias.

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p. 233-238, 1990. p. 223.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 167.

A utilização da tributação com base no movimentar ou desestimular comportamentos é caracterizada como prática da função extrafiscal, de modo a intervir na conjuntura econômica, social ou política.

De forma a evitar práticas que afrontam seus interesses, o Estado tem duas opções: editar norma jurídica que torne ilícito determinado fato social ou instituir tributo de natureza extrafiscal, o qual se configura como ótimo instrumento para concretizar seus objetivos.

A presença da extrafiscalidade na prática configurada na indução ou desestímulo de comportamentos, com o objetivo de beneficiar os direitos difusos, as normas tributárias indutoras podem instituir benefícios ou agravamentos fiscais¹⁶.

A extrafiscalidade conduz empresas e agentes privados a se inclinarem às práticas de cunho da responsabilidade, o que possivelmente não ocorreriam sem o incentivo.

2.2 Desdobramentos da extrafiscalidade no âmbito do direito fundamental à saúde

Garantir a prestação eficaz de um serviço público na seara da saúde à coletividade, por meio da prestação de recursos essenciais de sobrevivência digna, é um dos pilares dos Direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana. A dignidade da pessoa humana, aliás, constitui fundamento da República Federativa do Brasil, como já foi explanado anteriormente. Alguns direitos fundamentais merecem destaque quanto a sua função e importância na vida dos indivíduos e programas constitucionais de atuação dos poderes públicos a eles interligados, exemplo claro disso é o direito fundamental à saúde.

A necessidade de atuação estatal é evidente nesse ambiente, portanto, desenvolver políticas públicas de caráter extrafiscal irá

¹⁶ ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, p. 233-238, 1990.

demonstrar o compromisso do Estado com essa missão dada ao Estado democrático de Direito.

Teixeira¹⁷ relata que políticas públicas:

[...] diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamento) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as ‘não ações’, as omissões, como forma de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.

No Brasil, a partir de 1980, foi possível visualizar a dedicação acerca das políticas públicas advinda da dinâmica política e das mudanças que o país enfrentava, a presença da necessidade de alterações nas diretrizes da economia e políticas nas áreas de saúde, educação, previdência, saneamento, dentre outras. Buscou-se, naquele momento, compreender quais eram as possibilidades e os óbices para a implantação de mudanças constitucionalmente inscritas e dependentes de decisões governamentais. Para Frey¹⁸, para realizar a análise de políticas é necessário entender a política que se refere à ordem do sistema político – delineada pelo sistema – e à estrutura institucional do sistema político-administrativo; a política como sendo os processos políticos

¹⁷ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **AATR-BA**, 2002. p. 02. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

¹⁸ FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21, jun. 2000. p. 211 - 260. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89/158>. Acesso em: 03 abr. 2020.

conflituosos; e a política que são as políticas públicas no seu processo final, os resultados das regras e dos conflitos.

Souza¹⁹ resume o termo política pública como o campo do conhecimento que busca “colocar o governo em ação” e/ou avaliar essa ação, existindo a possibilidade de propor mudanças durante a execução dessas ações.

É partindo da intenção de integrar uma sociedade que engrandeça a justiça social, resguardando a dignidade da pessoa humana, que podemos inserir a extrafiscalidade tributária.

Nessa essência, Derzi e Coelho²⁰, em citação da obra de Aliomar Baleeiro, preleciona que o tributo é extrafiscal quando não almeja prioritariamente prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas, antes, visa ordenar a propriedade de acordo com sua função social ou intervir em dados conjunturais.

A conduta do Estado em direcionar suas políticas tributárias à extrafiscalidade poderá se movimentar de forma positiva, estimulando as condutas desejadas, ou negativas, quando as desestimula. E é nesse sentido que os tributos podem atuar para encorajar condutas que irão proteger a saúde, bem como atuar de forma a inibir ou diminuir aquelas condutas que não promovem a proteção da saúde, e quando se voltam para essas finalidades, os tributos são caracterizados como extrafiscais.

Neste momento do trabalho serão expostos alguns mecanismos relevantes a serem utilizados na finalidade extrafiscal em favor da garantia e proteção ao direito fundamental à saúde. De certa forma, é possível demonstrar a compatibilização do poder de instituir tributos pelo Estado com os Direitos fundamentais, em destaque o direito à saúde, entendendo-a como ferramenta apta para a consecução do bem jurídico tutelado.

¹⁹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20- 45, jul. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 03 abr. 2020.

²⁰ DERZI, Mizabel; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário atual**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

O Poder Judiciário pátrio já interfere no direito à saúde como um dever político-constitucional impostergável que, se negligenciado, em última *ratio*, afronta o próprio direito à vida. Confira-se:

Ementa: Constitucional. Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Fornecimento de Medicação (Interferon beta). Portadores de Esclerose Múltipla. Dever do Estado. Direito Fundamental à Vida e à Saúde (cf. Arts. 6º e 196) precedentes do STJ e STF.

Ementa: Constitucional – Direitos Fundamentais à Saúde e à Vida. Portador de Hipertensão Pulmonar Primária de Grau Severo – Doença Grave – Fornecimento de Sildenafil (viagra) e Iloprost (ilomedine). Dever do Estado. Autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Registro do Medicamento pelo Ministério da Saúde. Irrelevância – Terapia Convencional sem Perspectiva de Sobrevida – Direito Líquido e Certo Configurado – justo reccio. Concessão da Segurança, confirmando a liminar deferida.

Diante do exposto acima, é visível verificar o posicionamento jurisprudencial no caminho da afirmação do Estado como condutor da prestação que envolve o Direito fundamental à saúde em uma nação constitucionalmente amparada, direito à saúde, um direito fundamental social, não o compreende mais como apenas um direito individual, mas prestigia sua dimensão subjetiva pública, portanto, direito de todos.

Torna-se notável aqui a utilização de dois tributos específicos que contribuem para a preservação do meio ambiente e, por seguinte, para a proteção à saúde, eles são o ITR, de competência da União, e o ICMS, de competência dos estados e Distrito Federal, adiante serão efetuadas considerações acerca de sua correlação.

O ITR, previsto no artigo 153, inciso VI da Constituição Federal de 1988, incide sobre a propriedade imóvel rural e é de caráter extrafiscal, que autoriza a administração pública a legislar sobre política agrária e tem basicamente seu fato gerador no domínio útil ou posse de imóvel localizado

em zonas rurais, nos termos do artigo 29 do Código Tributário Brasileiro²¹. Existe a possibilidade de isenção desse tributo por meio de determinadas práticas de preservação ambiental exercidas por proprietários de imóveis rurais objetivando estender áreas de florestas e preservação permanente. A Lei n° 8.171²², no seu artigo 104, expõe que:

Art. 104. São isentas de tributação e do pagamento do Imposto Territorial Rural as áreas dos imóveis rurais consideradas de preservação permanente e de reserva legal. Parágrafo único. A isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) estende-se às áreas da propriedade rural de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declarados por ato do órgão competente federal ou estadual e que ampliam as restrições de uso previstas no caput deste artigo.

Sobre o dispositivo legal acima mencionado, observa-se a função extrafiscal desse tributo ao isentar o ITR às áreas de reserva legal, preservação permanente, cobertas por florestas nativas, de interesse ecológico ou sob servidão ambiental. Iniciativas como essas do legislador infraconstitucional fazem o contribuinte obter benefício financeiro advindo de uma política tributária extrafiscal e, em contrapartida, proporciona o bem viver coletivo, gerando assim um ambiente que favorece não só os aspectos ambientais como também os de preservação à saúde.

Já na seara do ICMS, positivado no artigo 155, inciso II da atual Constituição Federal pátria, observa-se também sua atuação na preservação do meio ambiente. Esse tributo é responsável por compor a

²¹ BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

²² BRASIL. **Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991**. Dispõe sobre a política agrícola. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm. Acesso em: 19 abr. 2020.

maior parte das receitas dos Estados e Distrito Federal. Em especial, pontuais Estados utilizam o ICMS ecológico, claramente de finalidade extrafiscal. Utiliza-se a lógica da repartição de receitas com o objetivo de práticas à preservação do meio ambiente, o Estado do Paraná foi pioneiro a instituir essa política tributária de caráter extrafiscal, regulamentada pela Lei Complementar n° 29²³.

Ademais, na atualidade, dezesseis estados da República do Brasil adotam legislações que versam acerca do ICMS ecológico de percentuais variados. A depender do estabelecido em cada critério de lei própria dos estados, existem indicadores ambientais que direcionam o aumento de áreas preservadas naqueles que contam com legislações que amparam o ICMS ecológico, assim, estados estabelecem a proteção e preservação ambiental por meio do repasse de receitas.

Diante disso, Maria de Fátima Ribeiro, Daniela Braga Paiano e Sérgio Cardoso²⁴ confirmam:

No Brasil pode ser observado que as políticas públicas no sentido de incentivo à proteção ambiental precisam ser intensificadas, mesmo considerando o meio ambiente positivamente inserido na ordem social. Qualquer política ambiental deve estar integrada com o planejamento urbanístico, com a saúde pública, com o desenvolvimento entre outros aspectos. Assim, é necessário que o governo, em todos os seus segmentos, disponha de política econômica, financeira e tributária que faça com que haja efetivamente este desenvolvimento sustentado, destacando no artigo 225 da Constituição Federal. Embora a Constituição brasileira determine que o Estado e a sociedade sejam responsáveis pela

²³ PARANÁ. **Lei Complementar n° 59, de 01 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, que alude o art. 2° da Lei n. 9491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências. **Diário Oficial do Estado do Paraná**, Curitiba, 1991.

²⁴ RIBEIRO, Maria de Fátima; PAIANO, Daniela Braga; CARDOSO, Sérgio. Tributação ambiental no desenvolvimento econômico: Considerações sobre a função social do tributo. **Estudos**: Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da UNIMAR, v. 12, n. 12, 2008. p. 178 - 179. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/estudos/article/view/797>. Acesso em 02 abr. 2020.

preservação ambiental, poucos são os mecanismos para que essa preservação se efetive.

A administração pública, conforme colocado acima, pode e evidencia que é possível utilizar a finalidade extrafiscal do tributo do ITR e ICMS, bem como outros mecanismos para conferir a proteção ao meio ambiente e fazer a manutenção de um âmbito saudável à proteção à saúde coletiva. Também busca estimular o contribuinte a adotar práticas a que antes não teria acesso, caso não houvesse nenhum incentivo por parte do poder público, desenvolvendo as condições de meio ambiente e saúde.

2.3 Tributações sobre o fumo

Com função extrafiscal de tributos de aplicabilidade positiva no que diz respeito à garantia do Direito fundamental à saúde é a cobrança de alíquotas diferenciadas a produtos nocivos à saúde do indivíduo. Isso é possível por meio da aplicabilidade do princípio da seletividade, no qual se torna possível, em razão da essencialidade dos bem, alíquotas mais altas²⁵.

Para coibir práticas negativas ao bem-estar da saúde humana, como, por exemplo, o consumo de cigarros, impostos podem ser usados como aliados do Estado nessa militância. Segundo dados do Ministério da Saúde, em 2013, o consumo de cigarro foi responsável por 72,6% das mortes no Brasil. Considera-se aqui, no presente trabalho, a incidência de dois impostos sobre a produção e consumo do cigarro, o IPI e o ICMS.

A respeito do Imposto sobre Produtos Industrializados, previsto no artigo 153 da Constituição Federal de 1988, destaca-se que, no que diz respeito ao princípio da seletividade, esse tributo é obrigatório, conforme o §3º, inciso I do referido artigo²⁶. Por sua vez, o ICMS incide

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços interestadual, intermunicipal e comunicação como preconizado no artigo 155, inciso II²⁷, e, conforme exposto no IPI, esse imposto pode ser seletivo, em razão da essencialidade do serviço ou mercadoria.

Segundo Ricardo Lobo Torres²⁸, “os impostos indiretos repercutem economicamente sobre a terceira pessoa, são instantâneos e seu lançamento se dá na homologação, incumbindo ao próprio contribuinte de direito adiante seu pagamento”. Considerando que é o consumidor final quem sofre o impacto financeiro dessa tributação, podem esses ser considerados de caráter extrafiscal. Nessa seara, posições jurisprudenciais podem ser visualizadas, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DEDECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL.FUNGIBILIDADE. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARAFRENTE". CIGARROS E CIGARRILHAS. IPI. ÔNUS REPASSADOAO CONSUMIDOR FINAL. COMPOSIÇÃO DO CUSTO DO BEM VENDIDO. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO ESTADUAL.

1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada.
2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.
3. Hipótese em que se discute a base de cálculo do ICMS incidente sobreo comércio de cigarros e cigarrilhas.
4. A substituição tributária "para frente" é técnica de arrecadação prevista pelos arts. 150, 7, da CF e 6 da LC 87/1996, em que o contribuinte-substituto não apenas recolhe o tributo por ele devido, mas também antecipa o

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁷ 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 compilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113.

montante relativo às operações subsequentes (a serem realizadas pelos substituídos).

5. No caso de cigarros e cigarrilhas, o substituto recolhe o ICMS devido em todas as operações futuras, até a venda ao adquirente final. O tributo incide sobre o valor presumido da mercadoria nessa última operação.

6. Nesse contexto, o art.8, II, b, da LC 87/1996 determina que a base de cálculo do ICMS, na substituição tributária "para frente", seja composta pelos "encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes", o que inclui o IPI.

9. Precedente do STJ: RMS 19.064/RS (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 17/5/2005, DJ 20/6/2005).

10. Agravo Regimental não provido²⁹.

Assim, a administração pública, por meio de sua competência constitucional, poderá, por intermédio da condução de alíquotas diferenciadas, desestimular o consumo e comercialização de produtos maléficis à saúde do indivíduo, efetivando assim sua função de garantidor do Direito fundamental à saúde.

2.4 Tributações sobre bebidas açucaradas

Ainda dentro dessa temática, qual seja, o uso da tributação como forma de promoção da saúde, encontramos em outros países, como Espanha, Portugal, México e Reino Unido, políticas tributárias que aumentaram as alíquotas incidentes sobre bebidas açucaradas, o que promoveu o aumento no consumo de água e a diminuição no consumo de tais bebidas, conforme consta na Recomendação n.º 21, de 9 de julho de 2017, do plenário do Conselho Nacional de Saúde.

Aliás, exposto na recomendação supracitada, trata-se na verdade de reprodução de uma recomendação da Organização Mundial

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nº Ag 1083030 MT 2008/016115-5**. Rel. Ministra Eliana Calmon. DJ: 20/6/2005. JusBrasil, 2009. Disponível em: <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4417291/embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-ag-1083030-mt-2008-0163115-5>. Acesso em: 19 abr. 2020.

da Saúde (OMS) de que se aumente a tributação dos refrigerantes e outras bebidas açucaradas em no mínimo 20%, por meio de tributos específicos com o objetivo de diminuir o risco de se adquirir doenças decorrentes do uso de tais bebidas.

Não obstante a isso, o Brasil está na contramão desse cenário, já que a política tributária em relação às empresas produtoras de bebidas açucaradas é muito benevolente, com a concessão de isenções sob a desculpa de promoção da economia.

Conforme vem sendo reiterado ao longo deste artigo, a tributação deve sim estar aliada à promoção da economia, trata-se de uma relação circular indissolúvel, porém, as políticas tributárias visando à promoção deste ou daquele setor econômico não podem ser pensadas e praticadas sem se levar em conta os demais valores que estão amparados pelo texto constitucional. No caso em tela, a saúde foi deixada de lado.

Conforme consta na recomendação, o aumento no consumo de bebidas açucaradas vem crescendo no país, e a consequência é um aumento do número de doenças relacionadas ao consumo excessivo de açúcares. Dentre as diversas doenças que são decorrência do consumo desenfreado de açúcares encontramos a diabetes, que é justamente caracterizada pela elevação de açúcar no sangue (hiperglicemia). Evidente que a diabetes pode estar relacionada também a outros fatores que não apenas a hiperglicemia, mas defini-la não é o objeto do presente artigo, de modo que não nos cabe abordar tal óptica.

Ainda segundo informações prestadas pelo Departamento de Saúde do Município de Mirassol, na última licitação realizada para adquirir medicamentos para atender a toda a população de Mirassol, que conta com aproximadamente 65 mil habitantes, o contrato foi celebrado no valor de R\$ 1.602.449,63 (um milhão seiscentos e dois mil,

quatrocentos e quarenta e nove reais, e sessenta e três centavos), para aquisição de 194 itens³⁰.

Desta forma, há uma disparidade muito grande entre os valores que são gastos para aquisição de medicamentos por meio de licitação e os valores que são gastos para aquisição de medicamentos por meio de determinações judiciais. Porém, o objeto do presente artigo é demonstrar que os valores gastos com medicamentos e insumos para pacientes diabéticos são muito consideráveis, de forma que uma política tributária com ênfase na proteção à saúde pública poderia viabilizar a diminuição de tal quadro.

A relação existente entre as bebidas açucaradas e a diabetes é comprovada cientificamente, de forma que o Estado, ao estimular a promoção de tais bebidas com a concessão de políticas tributárias de caráter extrafiscal sob a forma de isenção, na busca de fomentar a economia e assim produzir riquezas, acaba produzindo um efeito contrário, pois, depois, este mesmo Estado terá o dever de tratar de um número maior de pessoas que adquirem as doenças decorrentes de tal comportamento alimentar.

3 O direito fundamental à saúde e sua efetivação por meio das políticas tributárias de caráter extrafiscal

Segundo Buffon³¹, a compreensão da extrafiscalidade ocorre pela via da exclusão. Uma vez que se compreende a ideia de fiscalidade, percebe-se que a ideia da extrafiscalidade gravita no seu entorno. Isto é, a fiscalidade se refere à forma como o Estado arrecada tributos para que, com isso,

³⁰ DEPARTAMENTO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE MIRASSOL. **Relatório sobre lista de medicamentos fornecidos judicialmente pelo município de Mirassol** – exercício financeiro de 2018.

³¹ BUFFON, Marciano. A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito-UFU**, v. 38, n. 2, p. 555-579, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18389>. Acesso em: 02 abr. 2020.

obtenha recursos para realizar seus fins; a extrafiscalidade, por óbvio, corresponde a uma fórmula que ocupa um espaço alternativo a essa ideia.

Desta forma, toda vez que não estiver presente a prevalência arrecadatória, estaremos diante da extrafiscalidade. No entanto, é preciso aliar mais do que meramente a promoção da economia e da circulação de riqueza para fins de se justificar o uso da extrafiscalidade.

Como ficou demonstrado acima, o uso da extrafiscalidade pode ser utilizado para induzir determinados comportamentos humanos, mas esses comportamentos que são objetos de indução por meio das normas tributárias devem também estar a favor da promoção dos demais direitos consagrados na constituição. Um exemplo de efetivação para fins de garantia do direito fundamental à saúde é a cobrança de alíquotas diferenciadas a produtos nocivos à saúde do indivíduo, como o exemplo do fumo, acima citado.

Tal comportamento trará um desencorajamento para os consumidores de tabaco, o que, por sua vez, refletirá em uma diminuição nas doenças decorrentes do uso do cigarro. E com isso, por óbvio, também haverá uma diminuição nos gastos com a saúde pública em decorrência de tais enfermidades.

Porém, a ausência de um planejamento adequado quando do lançamento de políticas tributárias de caráter extrafiscal desassociada da visão da proteção dos valores constitucionais, e apenas pensadas para fins de promoção da economia, pode levar a situações catastróficas, como é o caso do exemplo das isenções concedidas às bebidas açucaradas, que acabem por induzir a população a consumir mais essas bebidas, causando uma piora na saúde da população, causando um aumento de gastos no setor da saúde pública no combate às doenças decorrentes de tal comportamento alimentar.

Defende-se, portanto, o uso da extrafiscalidade de maneira responsável, para que não ocorra de se obter um efeito contrário ao esperado. Não significa que a extrafiscalidade não possa ser utilizada para fins de fomentar determinado setor econômico, pode e deve ser utilizada

nesse sentido, não pretendemos que ocorra o sacrifício dos princípios constitucionais também consagrados como a busca do desenvolvimento econômico e social, a livre iniciativa e a livre concorrência.

O que não pode ocorrer é uma potencialização no uso da atividade tributária de caráter extrafiscal em detrimento da promoção dos direitos fundamentais, em especial no que tange ao direito à saúde.

3.1 Da proposição para fins de efetivação do direito à saúde

Partindo da perspectiva de que o sistema tributário deve servir como instrumento para concretização dos direitos fundamentais, não apenas aqueles tributos que devem constitucionalmente ser arrecadados para o emprego na seara da saúde, o que lamentavelmente na prática nem sempre acontece, tendo o fruto da arrecadação destinos diversos, mas também por meio das normas tributárias de caráter indutor, para garantir o máximo de eficácia aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana, é que defendemos que as normas tributárias não podem, ainda que indiretamente, fomentar comportamentos que sejam contrários à promoção da saúde.

Sendo assim, diante de eventual colisão de interesse entre a norma tributária de caráter indutor que promove o fomento econômico e a circulação de riquezas, mas que atinge, ainda que de forma reflexa, o direito à saúde, haja vista o conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana, cuja saúde é parte integrante, cremos que tal norma seria desprovida de validade jurídica.

A proposição pretendida é a de que as autoridades legislativas não percam este foco, de que para que uma norma tributária indutora tenha validade, ela não pode atingir o direito fundamental à saúde, e mais, sempre que possível, ela deve induzir a comportamentos que promovam a saúde.

O que sem dúvidas acaba por exigir um maior cuidado quando da elaboração de tais normas, que nunca devem surgir desacompanhadas de estudos técnicos dos impactos que irão causar nas mais diversas searas, entre elas, e principalmente, na saúde.

Considerações finais

O exercício da soberania do Estado, que conseqüentemente lhe concede o direito de tributar, entre outras prerrogativas pode caracterizar um instrumento efetivo para atender as necessidades da sociedade.

Conforme visto no corpo do presente trabalho, o tributo constitui fonte de receita estatal, desencadeando a possibilidade de surgimento de políticas tributárias sob o viés da extrafiscalidade, capaz de estimular ou não hábitos sociais.

Quanto à indispensabilidade de oferecer garantia e proteção especificamente ao Direito fundamental à saúde, foram evidenciados alguns instrumentos capazes de cumprir esse papel via extrafiscalidade desse bem jurídico, buscou-se analisar e descrever criticamente e de forma dialética elementos inerentes a essa matéria.

A opção da valoração da normatização da Constituição Federal de 1988 fez estabelecer ao trabalho maior vínculo com os princípios e mandamentos constitucionais.

A aplicabilidade de regras concretas para a valorização da proteção à saúde, sob o viés da extrafiscalidade, como, por exemplo, isenções e variações de alíquotas, evidenciaram sua influência no comportamento do indivíduo, conforme exemplificado no decorrer da presente dialética.

Viu-se, também, por meio da jurisprudência e doutrina, a viabilidade da prática extrafiscal no âmbito do direito fundamental à saúde demonstrando-se a necessidade de tais medidas, utilizando e respeitando sempre os princípios tributários. E, sobretudo, prevalecendo o efeito *erga omnes* para que não existam desigualdades sociais no acesso à saúde.

Por fim, conclui-se que para que as políticas tributárias de caráter extrafiscal tenham um conteúdo material compatível com o texto constitucional, elas não podem estar desassociadas da promoção do direito fundamental à saúde, ou seja, não se pode, sob a desculpa de promoção e circulação de riquezas, criar normas tributárias que induzam a população a comportamentos que lhe sejam prejudiciais à saúde.

A relação circular existente entre a economia e o direito tributário também existe entre o direito tributário e a direito à saúde e, do mesmo modo, se encontra entre a economia e o direito à saúde.

Conforme restou demonstrado, se a política tributária de caráter extrafiscal for promovida desacompanhada de estudos técnicos dos impactos que causaram na saúde da população, apenas sob a justificativa de fomento à economia, pode-se obter um efeito contrário do esperado, ou seja, a riqueza arrecadada com tal política tributária poderá ser toda consumida com gastos com a saúde pública em razão das doenças advindas de um comportamento negativo da população, que foi induzido por aquela mesma norma tributária que fomentou a economia.

A proposição do presente artigo é de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, quando da elaboração de leis tributárias, com o viés aqui exposto, não deixem de observar as consequências positivas ou negativas que podem ser ocasionadas para a saúde da população em razão do induzimento causado pela norma tributária, sob pena de sua invalidade.

Referências

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, 1990. p. 233-238.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991**. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nº Ag 1083030 MT 2008/016115-5**. Rel. Ministra Eliana Calmon. DJ: 20/6/2005. JusBrasil, 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4417291/embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-ag-1083030-mt-2008-0163115-5>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BUFFON, Marciano. A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito-UFU**, v. 38, n. 2, p. 555- 579, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18389>. Acesso em: 02 abr. 2020.

PACOBAYHA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. A política nacional sobre mudança do clima e a concessão de incentivos fiscais: a extrafiscalidade promotora do meio ambiente ecologicamente equilibrado. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 1. Fortaleza: Premium, 2013. p. 221-241.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Recomendação 21, de 09 de julho de 2017**. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2017/Reco021.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

DERZI, Mizabel; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário atual**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21, jun. 2000. p. 211-260. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89/158>. Acesso em: 03 abr. 2020.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PARANÁ. **Lei Complementar nº 59, de 01 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, que alude o art.2.o da Lei n. 9491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências. Diário Oficial do Estado do Paraná, Curitiba, 1991.

QUEIROZ, Clayton dos Santos. **Relatório sobre lista de medicamentos fornecidos judicialmente pelo município de Mirassol – exercício financeiro de 2018**. Departamento de Saúde do Município de Mirassol, 2018.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. *In*: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008. p. 171-192.

RIBEIRO, Maria de Fátima; PAIANO, Daniela Braga; CARDOSO, Sérgio. Tributação ambiental no desenvolvimento econômico: Considerações sobre a função social do tributo. **Estudos: Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da UNIMAR**, v. 12, n. 12, p. 17-38, 2008. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/estudos/article/view/797>. Acesso em 02 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 03 abr. 2020.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **AATR-BA**, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Posfácio

André Godinho*

A concretização dos direitos sociais, passados 30 anos de vigência da atual carta constitucional brasileira, é um desafio a ser alcançado em especial no que diz respeito à definição de políticas públicas, em resposta aos anseios e demandas de uma sociedade cada dia mais consciente de seus direitos e organizada para cobrar de seus representantes no Executivo e no Legislativo, como também preparada para, quando necessário, provocar o Judiciário para efetivação de suas demandas.

Ao passarmos da perspectiva de garantia de direitos individuais para busca da efetivação dos direitos sociais, mudamos a perspectiva do sujeito, que, nesse último caso, é contemplado a partir de suas experiências dentro de uma comunidade histórica culturalmente situada.

O ser dentro de uma coletividade se reflete em uma perspectiva cidadã, situada no contexto do possível e no imaginário real de pessoas e grupos concretos, a partir daquilo que foi estabelecido no texto e na doutrina constitucional de um determinado país.

E para concretizar os direitos sociais, rompendo com uma ideia de utopia clássica que tão-somente aponta para uma vida melhor com expectativas inatingíveis, não basta identificar os níveis de desigualdade existentes, mas é preciso assegurar as possibilidades para que novas fórmulas sejam colocadas à disposição de todos os sujeitos constitucionais que possam traduzir participação ativa no processo de concretização dos direitos não só da maioria, mas de todos.

* Conselheiro do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

Como bem aponta Habermas, é preciso que o indivíduo do século XXI enxergue os riscos reais que atacam os interesses de sua comunidade e do outro, tanto em nível local como global¹.

Ao longo dessa publicação, o leitor teve a oportunidade de constatar diversas perspectivas dos direitos sociais, a partir das reflexões propostas pelos autores. Todos esses pontos de vista convergem para demonstrar a crescente importância que a linguagem dos direitos sociais está adquirindo nos textos constitucionais e, mais ainda, nas políticas públicas que visam atender às necessidades sociais, como bem apontado pela Professora Francesca Vaccarelli no artigo que abre essa coletânea.

A partir de uma linguagem comum dos direitos sociais, temas como a tutela constitucional da saúde, da alimentação digna, da proteção ao meio ambiente, bem como os novos desafios para assegurar um desenvolvimento sustentável, que harmonize o crescimento econômico dos países com a efetiva redução das desigualdades, são abordados ao longo desta obra.

Em um mundo cada dia mais globalizado, onde as fronteiras físicas deixaram de ser obstáculos para o conhecimento das realidades alheias, é no aspecto local que devemos lutar pela concretização dos direitos de todos e de cada um, assegurando que tanto os povos originários como aqueles que, pelas mais diversas razões, foram levados a migrar para outros locais, tenham garantidas as possibilidades de exercício de seus direitos. Essa importante temática também foi objeto de análise em alguns dos artigos desta coletânea.

A efetividade dos direitos sociais está diretamente atrelada à opção de modelo de desenvolvimento econômico adotado por cada país, sendo essencial a preocupação com formulação de políticas públicas que

¹ HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar e o esgotamento das energias utópicas. **Revista Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 2, 18. ed., set. 1987, p. 105-106. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-18/>. Acesso em 24 fev. 2018.

garantam o acesso de todos ao rol de direitos fundamentais, no caso brasileiro, elencados no art. 6º da Constituição da República de 1988.

Não se pode olvidar que a concretização dos direitos fundamentais sociais se apresenta como um dos maiores desafios jurídicos da contemporaneidade, a justificar o esforço intelectual e institucional em busca de soluções sustentáveis para os problemas sempre complexos e multifacetados. A construção dos discursos institucionais passa a ser estimulada e constringida por um controle muito maior, mais dinâmico e mais qualificado de uma audiência crítica, com voz ativa nas redes sociais.

O cidadão do século XXI é sujeito comunicativamente presente e exige a ressignificação de seu poder social, seja ele considerado individualmente, coletivamente ou difusamente. É já consabida e notória a mudança de paradigma, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, que impulsiona e justifica a necessidade de se investigarem as condições de possibilidade de um modelo de Estado de Direito que equilibre a garantia de direitos individuais e sociais, a partir de uma perspectiva humanista.

O ser humano que exige protagonismo é aquele que, apesar de ter consciência de sua posição de indivíduo, não se satisfaz somente com isso, exigindo que, como membro de uma coletividade, esteja em igualdade de condições com os demais membros dessa comunidade. Desde que o cidadão local também se reconheça como cidadão global, as ideias de liberdade e igualdade, instrumentos para alcançar a dignidade, passam a ser vetores de integração nos meios social e natural.

A partir da realidade em que vive o cidadão do século XXI, pode-se dizer que se trata de um sujeito que se reconhece, simultaneamente, como indivíduo e como massa, aproveitando a força própria de ambas as posições para lutar pelos seus direitos fundamentais, o que, especialmente no Brasil, é potencializado por um generoso catálogo de instrumentos processuais jurídicos disponíveis para que seja exigida do Estado a garantia de tais direitos.

As respostas institucionais, sobretudo aquelas vindas do Poder Público, ainda não são satisfatórias, mas há caminhos sendo pavimentados, com avanços e retrocessos, no sentido das políticas públicas necessárias para atender tais demandas.

Os desafios para a concretização de direitos fundamentais sociais são de múltiplas ordens, não havendo uma solução simples, nem unilateral. Como bem retratado nos diversos artigos que compõem essa obra, são necessários esforços coletivos, envolvendo sujeitos de diversas instituições, bem como políticas públicas sustentáveis e consistentes, rotineiramente reavaliadas, para que se encontre um padrão satisfatório para sua efetivação nas diversas comunidades nacionais.

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



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
Universidade de Fortaleza
Ensinando e Aprendendo



cedàt

CENTRE D'ESTUDIS
DE DRET AMBIENTAL
DE TARRAGONA



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI